This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

8236

NEW YORK PUBLIC LIBRARY

PURCHASED FROM FUND BEQUEATHED BY

JANE DUGDALE

IN MEMORY OF HER BROTHER

RICHARD L. DUGDALE

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DU

DROIT PÉNAL FRANÇAIS

PAR

R. GARRAUD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PROFESSEUR DE DROIT CRIMINEL A L'UNIVERSITÉ DE LYON

TOME CINQUIÈME

OUVRAGE COURONNÉ PAR L'INSTITUT

(ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES)

Deuxième Édition

Complètement revue et considérablement augmentée

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, *rue Soufflot*, 5e *Arrond*

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1901

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DU

DROIT PÉNAL FRANÇAIS

V

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE
BAR-LE-DUC

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DU

DROIT PÉNAL FRANÇAIS

PAR

R. GARRAUD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL
PROFESSEUR DE DROIT CRIMINEL A L'UNIVERSITÉ DE LYON

TOME CINQUIÈME

OUVRAGE COURONNÉ PAR L'INSTITUT
(ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES)

Deuxième Édition

Complètement revue et considérablement augmentée

PARIS
LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, rue Soufflot, 5e Arrond.
L. LAROSE, Directeur de la Librairie
1901

THE NEW YORK
PUBLIC LIBRARY
186057
ASTOR, LENOX AND
TILDEN FOUNDATIONS.
1902

LIVRE PREMIER

DES CRIMES ET DES DÉLITS (*Suite*).

TITRE II

DES CRIMES ET DÉLITS CONTRE LES PARTICULIERS

CHAPITRE PREMIER

DES CRIMES ET DES DÉLITS CONTRE LES PERSONNES

SECTION TROISIÈME

Homicide, blessures et coups involontaires; crimes et délits excusables, et cas où ils ne peuvent être excusés; homicide, blessures et coups qui ne sont ni crimes ni délits.

§ CII. — OBSERVATION GÉNÉRALE.

1775. Classement défectueux du Code pénal.

1775. Par un défaut absolu de méthode, le Code pénal, à propos de l'homicide, des blessures et coups involontaires, auxquels il consacre un paragraphe, s'occupe, dans un second paragraphe, des crimes et délitsexcusables; et, dans un troisième, des crimes et délits justifiés. Nous avons déjà présenté l'expli-

[illegible] articles 321 à 329 dans la partie générale de [illegible] de l'homicide et de [illegible]

XIII — DE L'HOMICIDE ET DES BLESSURES ET COUPS INVOLONTAIRES

[illegible] art. [illegible] — art. [illegible]

1776 [illegible] — **1777** Double [illegible] délits. [illegible] d'imprudence particulièrement dan[illegible] — **1779** Observation générale. [illegible] **1781** De la faute qui donne lieu à une responsabilité pé[illegible] conséquences qui [illegible] **1782.** [illegible] de l'article 319 et de l'artic[illegible] **1783** [illegible] — **1784.** Maladresse. — **1785.** Imprudence. [illegible] — **1787** Inobservation des règlements. [illegible] conséquences de la [illegible] **1789** [illegible] le délit d'homicide ou de coups et blessures inv[illegible] responsable que du résultat de son action ou de son omissi[illegible] blessure dans l'article 320 — **1790** Relation de cause à [illegible] Observation sur la faute comm[illegible] **1791** [illegible] de responsabilité pénale pour le fait d'autrui. [illegible] pénalement responsables des homicides et blessu[illegible] — **1793.** [illegible] pénale des médecins, chir[illegible] — **1794** Explication [illegible] du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer.

1776 En général, la transgression à l'ordre ou à la [illegible] de la loi qui constitue le délit, doit être *voulue* par l'age[illegible] être punissable. Cependant, toutes les législations prévoi[illegible] infractions qui excluent l'*intention*, c'est-à-dire la direc[illegible] la volonté vers le délit, infractions que quelques-unes [illegible] assez inexactement d'*involontaires*. Cette termin[illegible] employée par le Code pénal français, à propos de l'hom[illegible] des coups et blessures, est certainement équivoque. En [illegible] base irréductible de la responsabilité est toujours dans [illegible] et, si l'acte initial, dont la conséquence d'immage[illegible] [illegible], n'a pas de caractère volontaire, l'auteur de [illegible]

§ CIII. [illegible] Henri [illegible], *Le délit d'imprudence* [illegible] Paris, 1899 ; Alexandre [illegible], *L'Evento punibile*, 1899.

ırait être responsable des résultats qu'on lui impute. Ce t vrai, c'est que des *actes volontaires*, ayant des conséquen- ne l'auteur n'a voulues ni directement ni indirectement, qu'il aurait dû empêcher, peuvent être incriminés, parce es actes démontrent, de la part de l'agent, un défaut de , de surveillance, de prévoyance, en un mot, une *impru- e coupable*[2]. Malgré l'absence de *perversité*, de « *témoi- »* de l'agent, la loi pénale, dans nos sociétés modernes, ne ésintéresse pas de ces actes plus malheureux que coupables. ont le résultat d'une *faute*, et il y a des cas où la faute est ment grave qu'il ne suffit pas d'en imposer la réparation : nt encore la réprimer.

777. C'est un fait juridique général, en effet, que, dans es les législations pénales, l'*imprudence* est, au moins dans ains cas particuliers, spécialement prévue et punie. Nous ns, ailleurs, opposé la notion d'imprudence à celle d'inten- , en faisant remarquer que le Code pénal français ne donne le part une définition générale de l'imprudence, pas plus qu'il donne, du reste, une définition générale de l'intention. Mais squ'il s'agit de résultats particulièrement dommageables, tels un *homicide*, des blessures, un incendie, un accident de min de fer, la perte d'un navire, il y a, dans les législations ielles, et notamment dans la nôtre, deux séries analogues délits, inégalement ou autrement punis : la série des *délits ntention* et celle des *délits d'imprudence*.

es uns et les autres se composent de deux éléments : l'un ériel, un fait ou un résultat illicite; l'autre moral, une faute ntention ou d'imprudence.

L'absence d'intention caractérise spécifiquement le délit nprudence. Or, l'intention c'est le fait de vouloir ou de voir les conséquences contraires au droit de l'acte volontaire lisé. Agir sans les avoir voulues ni prévues, alors qu'on vait les prévoir, c'est ce qui constitue l'imprudence, la faute

Enrico Ferri (*Sociologie criminelle*, 1893, p. 366 et suiv.), a très bien montré que, « psychologiquement, la faute n'est pas un défaut de volonté s un défaut d'intelligence et de prévoyance. »

simple. *Scire, debuisse et potuisse, culpa est.* L'essence juridiq de la faute consiste donc dans la faculté de prévoir, la « *prév dibilité.* » Quant aux divers aspects de l'imprudence, aux dive degrés de la faute, ce sont des questions que nous avons déj examinées[3].

b) Théoriquement, l'imprudence peut se concevoir isolée d'u dommage effectivement réalisé : elle est alors punie non pa à raison du dommage *réel* qu'elle cause, mais à raison d'u dommage en quelque sorte *potentiel* qu'elle annonce. Dans le législations positives, on trouve, en effet, deux groupes de délits d'imprudence. Le premier est constitué par une action ou une omission volontaire qui n'a pas encore produit un résultat matériel fâcheux, mais qui a la puissance d'en produire. Le se cond est constitué par la réalisation effective d'un dommage si bien que la loi punit, en réalité, le dommage causé, bien plu que l'action ou l'omission d'où il résulte. Mais, tandis que, dan l'ordre des délits intentionnels, c'est la *volonté de l'agent*, c'est à-dire l'élément subjectif, qui est, avant tout, envisagée, dan l'ordre des délits non intentionnels, c'est l'élément objectif, *dommage*, qui est surtout pris en considération. D'où il suit 1° que les contraventions potentielles sont, en général, moi sévèrement réprimées que les contraventions dommageable 2° et que, pour ces dernières, la répression est basée sur le r sultat matériellement réalisé, et qu'elle est graduée d'après résultat. L'homicide et les blessures, qualifiées d'involontair par le Code pénal français, appartiennent à cette dernière clas d'infraction. Ce sont des faits dans lesquels le dommage cau n'a pas été voulu; mais ils sont punis comme des délits, en r son et en proportion de la gravité de leurs conséquences.

1778. L'évolution historique de la notion d'imprudence, ce qui concerne particulièrement l'homicide et les blessur paraît avoir parcouru trois phases principales.

Dans la première, on ne voit que le côté objectif du fait et réagit contre l'injustice, non d'après sa cause, mais d'après s résultat. L'acte dommageable éveille, à un même degré, da

[3] Voy. t. I, n° 282, p. 547.

l'âme de la victime, le sentiment de la vengeance, qui est le grand inspirateur de la pénalité. A l'origine, par conséquent, on ne fait pas de distinction entre l'imprudence et l'intention. Dans son *Étude sur la faute*, Ihering a démontré que, dans le très ancien droit romain, par exemple, le mal est considéré en lui-même comme un fait contraire à la loi sans qu'on se préoccupe d'apprécier la valeur morale de l'acte qui l'a produit. Et, dans le droit barbare, le système du wergeld exclut toute recherche de l'intention coupable. Le montant de la composition est fixé d'avance pour tous les cas. Il est plus ou moins élevé selon qu'il s'agit de meurtre ou de blessures; il peut varier aussi selon la qualité de la victime : c'est toujours le prix d'un risque mis en rapport avec l'importance du dommage et la valeur sociale de la victime, mais un risque d'ailleurs indépendant de toute idée de faute ou d'intention. Si, plus tard, certaines coutumes paraissent se préoccuper de l'intention, c'est « avec une insistance qui dénote la nouveauté » et « dans des termes qui marquent bien que c'était un progrès récent[1]. »

Mais comme un dommage matériel ne va pas sans un dommage moral, comme on ressent plus ou moins l'injustice suivant qu'elle est volontaire ou involontaire, il se fait, peu à peu, un départ entre le dommage qui a été voulu et le dommage qui n'a pas été évité. La réaction, dans le second cas, se présente moins comme un châtiment que comme une réparation. C'est la conception *subjective* du délit, substituée à l'antique conception *objective* : le droit pénal, dégagé du droit civil, cesse uniquement d'envisager le dommage matériel pour considérer avant tout l'intention[2]. L'acte dommageable, qui n'a pas été voulu comme tel, échappe à la répression publique.

Plus tard, la notion de l'imprudence se dégage et se précise sous l'influence des idées chrétiennes : on comprend que le mal qu'on pouvait éviter en appliquant sa volonté à ne pas nuire à autrui, est imputable à faute et que, s'il faut distinguer l'impru-

[1] Saleilles, *L'individualisation de la peine*, p. 32.

[2] Voy. notamment les textes cités par Girard, *Textes de droit romain*, p. 380.

dence du cas fortuit, il faut punir celui qui fait le mal volonta rement comme celui qui ne l'évite pas, sauf à baser, sur la re ponsabilité bien différente de l'un et de l'autre, soit le deg soit la nature de la peine. L'ancien droit français, notamment s'inspirant à la fois du droit romain et des textes canoniques, eu une notion précise de l'imprudence qui a été recueillie par droit actuel.

La distinction entre ce que les criminalistes belges nommen dans une terminologie, barbare mais expressive, l'homicide *d leux*, l'homicide *culpeux* et l'homicide *casuel*, était express ment faite par les anciens criminalistes[6]; elle avait formelleme passé dans le Code pénal de 1791, en ces termes (2me part., t II, art, 1) : « En cas d'homicide commis involontairement, s est prouvé que c'est par un accident qui ne soit l'effet d'aucu sorte de négligence ni d'imprudence, *il n'existe point de crim et il n'y a lieu de prononcer aucune peine ni même aucune co damnation civile.* » L'article 2 du même titre ajoutait : « En c d'homicide commis involontairement, mais par l'effet de la n gligence ou de l'imprudence de celui qui l'a commis, il n'exis point de crime, et l'accusé sera acquitté; mais, en ce ca il sera statué par les juges sur les dommages et intérêts, même sur les peines correctionnelles suivant les circonstances. L'article 15 du titre II de la loi des 19-22 juillet 1791 avait pr cisé ces peines et ces circonstances : « En cas d'homicide d nonce comme involontaire, ou reconnu tel par la déclarati

[6] Voy., par exemple, la classification des homicides faite par Jous *op. cit.*, t. III, p. 480. Cet auteur définit très exactement l'homicide par *i prudence*, ou *faute*, « celui qui se commet sans aucun dessein de procu la mort à autrui; mais que néanmoins l'on aurait pu éviter, si l'on avait prudent ou prévoyant. » Plus loin (p. 520 et suiv.), l'auteur donne une rie d'exemples d'homicides casuels et d'homicides par imprudence. Il ajou « L'homicide commis par imprudence, et sans aucun dessein ne doit p être puni comme homicide, suivant la loi 1, § divus 3, D., *ad leg. Corn. sicariis;* parce que, dans les délits, il faut considérer la volonté, et non l'e nement. Ainsi, cette espèce d'homicide n'est jamais punie de mort, m d'une autre peine arbitraire, suivant les circonstances, et suivant que l'i prudence est plus ou moins grande. » Cfr. Muyart de Vouglans, *Lois c minelles*, p. 168.

du jury, s'il est la suite de l'*imprudence* ou de la *négligence* de son auteur, celui-ci sera condamné à une amende qui ne pourra excéder le double de sa contribution mobilière, et, s'il y a lieu, à un emprisonnement qui ne pourra excéder un an. »

Le Code pénal de 1810 ne parle, il est vrai, dans les articles 319 et 320, que de l'homicide, des blessures et des coups involontaires qui sont imputables à faute ; mais l'exposé des motifs a formellement déclaré que l'agent est à l'abri de toute responsabilité lorsqu'on ne peut lui reprocher ni négligence ni imprudence : « Si l'homicide a été commis, dit Monseignat, ou si les blessures ont été faites involontairement, par l'effet de circonstances malheureuses ou fortuites, par une de ces causes impossibles à prévoir, qui ne tiennent à aucune négligence ni imprudence de la part de leurs auteurs, *cet homicide casuel est un accident et non un attentat; il est aussi étranger à la volonté qu'à la possibilité de la prévoyance;* il ne présente ni crime ni délit. » Ainsi, l'homicide, les blessures et les coups accidentels étant passés sous silence par le Code pénal, la rubrique des articles 319 et 320 se trouve, par cela même, inexacte, car l'homicide *involontaire* comprend aussi bien l'homicide dû à un cas fortuit que l'homicide causé par une faute. L'expression d'homicide commis sans intention ou même d'homicide commis par imprudence serait plus précise pour caractériser le délit.

1779. Cette observation faite, nous examinerons, en même temps : 1° l'homicide involontaire ; 2° les coups et blessures involontaires, bien que le Code ait consacré deux dispositions distinctes, les articles 319 et 320, à ces deux délits. Ils ne diffèrent, en effet, que par la gravité des conséquences dues à la négligence ou à l'imprudence de l'agent et par la peine qui leur est applicable, peine graduée suivant ces conséquences

L'article 319 est ainsi conçu : « *Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis involontairement un homicide, ou en aura involontairement été la cause, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à six cents francs.* » Aux termes de l'article 320 : « *S'il n'est résulté du défaut d'adresse ou de précaution que des bles-*

pénale, c'est, qu'on nous permette cette expression, *l'intimidabilité* du délinquant. L'homme est bien, en général, capable de subir la coaction psychologique de la peine, mais à la double condition qu'il soit arrivé à l'âge de la maturité et qu'il soit sain d'esprit, qu'il jouisse, en un mot, de la normalité physique et psychologique. Les enfants et les fous échappent donc à la répression, même en cas d'homicide ou de blessures dont ils seraient les auteurs matériels mais inconscients[9].

b) L'homicide involontaire, que la loi prévoit et punit, est celui qui résulte de fautes de « *maladresse*, *imprudence*, *inattention*, *négligence* ou *inobservation de règlements*. » Ces sortes de fautes sont les seules qui puissent rendre l'agent d'un homicide involontaire passible d'une peine. En effet, si l'article 319 n'a pas *défini* en quoi consiste ces fautes, il a, du moins, *limité* à ces fautes l'application de la responsabilité pénale. A cet égard, il y a lieu de constater une différence fondamentale entre le système de la loi pénale et celui de la loi civile en matière de responsabilité. D'après les principes posés dans les articles 1382 et 1383 du Code civil, tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, engage la responsabilité de celui par la faute duquel il est arrivé, quelle que soit cette faute. Au point de vue pénal, au contraire, il faut, pour l'existence du délits d'homicide involontaire, quelque chose de plus, une *faute qualifiée*[10]; et la Cour de cassation, appliquant, ici, les principes généraux de l'interprétation pénale, a toujours déclaré « qu'à défaut du concours de l'une des cinq circonstances de

[9] Voy, sur ce point l'intéressante brochure de IMPALLOMENI, *Colpa e omicidio colposo* (Catania, 1894).

[10] Sous l'empire du Code pénal belge de 1867, toute faute, quelque légère qu'elle soit, du moment où elle entraîne la blessure ou la mort de quelqu'un, est un délit. Voy. NYPELS, *Code pénal belge interprété*, t. II, p. 437. D'où il suit que toute action civile, basée sur un homicide par imprudence, se prescrit par trois ans. *Sic*, Cass. belge, 5 oct. 1893 (S. 94. 4. 5 ; 1er mars 1894 (S. 95. 4. 30). Il n'en est pas de même dans notre droit où le domaine de la responsabilité civile est plus étendu que celui de la responsabilité pénale. Il n'y aura donc pas contradiction à ce que l'auteur d'un homicide par imprudence, relaxé sur poursuite correctionnelle, soit condamné à des dommages-intérêts sur poursuite civile.

l'article 319, l'homicide purement involontaire ne constit crime, ni délit, ni contravention, et ne donne lieu à l'applic d'aucune peine[11]. »

L'une ou l'autre de ces fautes étant la condition substan de la responsabilité pénale : 1° il faut que les faits, quels soient, d'où résulte la faute, soient constatés, ou bien d jugement, lorsque le délit d'homicide involontaire a été devant la juridiction correctionnelle, ou bien dans la déclar du jury, lorsque la question relative à ce délit a été posée co résultant des débats dans une accusation d'homicide volontai 2° et si les faits d'où résulte la faute sont souverainemen connus et constatés par les tribunaux, l'appréciation des du fond sur le caractère légal de ces faits tombe sous le co de la Cour de cassation[12].

C'est, en définitive, à des conséquences de procédure, q réduit ce système législatif. Il est bien certain, en effet, q l'énumération contenue dans l'article 319 est incomplète, la faute peut se présenter sous d'autres formes que celle ont été limitativement énumérées, cependant, le sens et la p des termes dont s'est servi le législateur pour désigner le verses catégories de fautes sont tellement imprécis et o si bien élargis par l'interprétation judiciaire, qu'il serait di de citer des cas de fautes entraînant un homicide involo et échappant aux mailles de la loi pénale. En effet, que l entendre par la maladresse, l'imprudence, la négligence, tention, l'inobservation des réglements qui caractérisent la incriminée par la loi? Ces termes n'ont pas été *définis*. allons essayer d'en préciser le sens, en traçant ainsi le cer

[11] Cass., 26 février 1863 (D. 64. 1. 193) V. aussi comme statuant i tement dans le même sens : Cass., 27 juin 1850 (D. 50. 5. 348); 20 avr (D. 55. 1. 267); 23 août 1860 (D. 60. 1. 419); 15 avril 1889 (S. 91. 1 La doctrine est conforme à cette jurisprudence : CHAUVEAU et HÉLIE. n° 1410; BLANCHE, t. V, n° 6; MORIN, *op. cit.*, v° *Homicide*, n°s 8 et 9.

[12] Jurisprudence constante : Cass., 27 juin 1850 (D. 50. 5. 3 février 1863 (D. 64. 1. 193) : 31 mars 1865 (D. 65. 1. 399); 26 juille (D. 72. 1. 285); 12 novembre 1875 (D. 76. 1. 141); 10 août 1878 (1 1. 142); 6 mars 1879 (D. 80. 1. 43); 25 février 1886 (*B. cr.*, n. 70).

[13] Mêmes arrêts.

la faute punissable dont le plaignant ou le ministère public doivent rapporter la preuve pour obtenir une condamnation contre l'auteur de l'homicide ou des coups et blessures[14].

1782. Mais, auparavant, il convient d'observer que l'article 320 ne parle que du *défaut d'adresse* ou *de précaution*. Dans l'opinion générale, consacrée par la jurisprudence, ces termes comprennent les cinq espèces de fautes énumérées dans l'article 319[15]. La Cour de cassation a décidé, en effet, que les blessures ou coups involontaires, provenant de l'imprudence, de la négligence, de l'inattention ou de l'inobservation des règlements, font l'objet de l'article 320, comme ceux provenant du défaut d'adresse ou de précaution. L'article 320 a été rédigé dans le même sens que l'article 319, et, dans ces deux dispositions légales, le délit est le même, quant à la faute qui le constitue, il ne diffère que dans son résultat matériel, et, par conséquent, dans sa pénalité. Ainsi, l'énumération des diverses espèces de fautes est tantôt *limitative*, tantôt *démonstrative* : limitative, dans l'article 319; démonstrative, dans l'article 320. Ne serait-il pas plus rationnel d'admettre que l'intention du législateur a été, dans tous les cas, de procéder seulement par voie d'*exemple*, et que l'homicide ou les coups et blessures constituent des délits, toutes les fois qu'ils ont été causés par une faute d'une certaine gravité ? Telle n'est cependant pas la formule de la jurisprudence, bien que, en fait, les tribunaux aboutissent à ce résultat et n'exigent, pour engager la responsabilité pénale de l'auteur d'un homicide ou de coups et blessures involontaires, qu'une faute, dont la forme est toujours de nature à rentrer sous l'une des expressions que l'article 319 emploie du reste sans les définir.

1783. Au point de vue de la loi pénale, un individu est en faute, lorsque, sans avoir eu l'intention de causer un dommage, il n'a pas prévu les conséquences préjudiciables de son action ou de son inaction. L'*imprévoyance*, tel est donc le caractère dis-

[14] Voy. sur cette question de preuve : Cass., 12 juin 1899 (*Gaz. des Trib.* n° 12-13 juin 1899).

[15] Cfr. Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1426.

tinctif de la faute. Entre le meurtre et l'homicide involontaire, il y a cette différence essentielle que l'agent, dans le premier cas, applique sa volonté à produire l'homicide, tandis que, dans le second, il n'emploie pas sa volonté à l'éviter. Mais, dans un cas comme dans l'autre, l'acte qui a causé l'homicide est un acte volontaire.

On peut ramener à deux types principaux les modifications dont la faute est susceptible : 1° la faute *sans prévoyance*; 2° et la faute *avec prévoyance*.

Le premier consiste en ce que l'agent n'a pas prévu la conséquence qui est résultée de son action, conséquence qu'il pouvait et que, par cela même, il devait prévoir. L'agent menace quelqu'un avec une arme qu'il croyait non chargée, l'arme est chargée et atteint la victime; il jette une pierre par la fenêtre, sans regarder dans la rue, et la pierre tue ou blesse un passant.

Le second consiste en ce que l'agent a prévu comme possible, ou même comme plus ou moins probable, la conséquence nuisible qui s'est produite, mais il a agi par insouciance, témérité, sans vouloir tuer ou blesser. En jouant avec une arme qu'il sait chargée, il tue la personne qui se trouve devant lui ; il jette par la fenêtre, dans la rue, où il voit des passants, une pierre qui blesse quelqu'un.

La faute avec prévoyance est évidemment plus grave que la faute sans prévoyance, elle se rapproche du dol éventuel. Il est même parfois difficile de faire le départ entre l'intention criminelle et le défaut d'intention dans ce cas. Lorsque l'événement prévu était une conséquence directe et nécessaire du fait qui l'a produit, l'agent qui l'a prévu devait évidemment l'avoir voulu, car celui qui veut la cause veut, par cela même, l'effet direct et nécessaire de cette cause. La faute avec prévoyance suppose donc que l'événement prévu était simplement la conséquence *possible* ou même *probable*, mais non la conséquence *nécessaire* de l'action [16].

[16] Sur cette distinction de l'*imprudence inconsciente* (faute sans prévoyance) et de l'*imprudence consciente* (faute avec prévoyance) : HAUS, *op. cit.*, t. I, nos 308 et suiv.; NYPELS, *Le Code pénal belge interprété*, t. II, p. 437; THIRY, *Cours de droit criminel*. Mais, d'après certains auteurs, la faute avec

Ces explications générales vont nous permettre de classer, sous l'un ou sous l'autre chef, *défaut de prévoyance* ou *défaut de précaution*, les divers actes qui, d'après l'énumération de l'article 319, constituent la faute punissable.

1784. *Maladresse.* — La maladresse rentre dans le *défaut de prévoyance*. L'agent ne s'est pas rendu compte de ce qu'il faisait; il n'a pas su que son action ou son omission volontaire pouvait produire le résultat dont elle a été la cause. Il y a donc ignorance ou erreur sur un fait ou sur ses circonstances. Mais l'agent est en faute d'avoir négligé d'acquérir les connaissances nécessaires pour éviter le mal dont il est l'auteur

On comprend par ces explications, que la maladresse consiste, tantôt dans un fait matériel, tantôt dans un fait moral, dérivant de l'ignorance de son auteur.

Comme exemples de maladresse matérielle, on peut citer le cas d'un individu qui, en émondant des arbres le long d'une route, blesse un passant par la chute d'une branche[17], d'un ouvrier qui, portant une pierre, la laisse tomber et écrase un enfant. Ces cas ne soulèvent aucune difficulté.

Les faits de maladresse, résultant de l'ignorance ou de l'impéritie de leur auteur, ont une toute autre importance pratique.

prévision ou imprudence consciente constituerait une notion bâtarde, impliquant contradiction. Voy. Liszt, *Lehrbuch*, p. 157, note 5. Il nous paraît cependant impossible d'assimiler à des homicides ou des blessures intentionnels, le fait, par un fournisseur, de livrer à la troupe des viandes contaminées, celui, par une sage-femme, atteinte de manifestations syphilitiques, à la main, de continuer d'exercer sa profession, au risque de transmettre son mal et d'occasionner la mort des enfants qu'elle met au monde. Certes, ce fournisseur, cette sage-femme ont commis une imprudence consciente qui constitue le maximum de la négligence. Pour parler latin, il y a là une *culpa dolo proxima*. Mais, quelque grave que soit la responsabilité de l'agent, elle ne pourra jamais atteindre celle qu'il aurait encourue s'il avait eu la volonté de commettre le fait comme délit. Or, les situations de cette espèce sont innombrables, il importe de leur faire une place dans l'échelle de la responsabilité.

[17] C'est l'exemple classique donné par les Institutes (liv. IV, tit. III, § 5): « *Si putator ex arbore dejecto ramo servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam aut vicinalem id factum est, neque præclamavit, ut casus evitarit possit, culpæ reus est...* ».

[illegible] en effet, poser, comme une règle directrice, que les indi- [illegible] exerçant certaines professions, les architectes, les ingé- [illegible] les médecins, chirurgiens, accoucheurs, sage-femmes [illegible] par exemple, qui, pour ne pas savoir ce qu'il [illegible] pas permis d'ignorer dans leur profession, occasion- [illegible] mort d'une personne ou lui causent une maladie, com- [illegible] une faute de maladresse dont ils sont responsables de- [illegible] la justice pénale. Au nombre des dommages causés par des [illegible] Domat[18] classe, en première ligne, « ceux qui arrivent [illegible] ignorance des choses que l'on doit savoir. » Il ajoute : « Ainsi lorsqu'un artisan, pour ne pas savoir ce qui est de sa profession, fait une faute qui cause quelque dommage, il en sera [illegible] »

Une des applications les plus fréquentes de la responsabilité pour maladresse est faite à l'occasion des accidents qui se produisent en cours de construction ou par l'écroulement de constructions terminées. L'*architecte* ou l'*ingénieur*[19], responsable de la conception du plan et de la direction des travaux, est, à bon droit, poursuivi et condamné, dans le cas où la chute de l'édifice en construction ou déjà construit a eu pour cause principale les vices des plans et devis aussi bien que des défectuosités d'exécution. L'*entrepreneur* est responsable, soit seul, soit avec l'architecte, lorsque l'homicide ou les blessures sont dus à la mauvaise exécution des travaux[20]. Quant au *propriétaire*, pour le compte duquel l'ouvrage a été exécuté, il ne pourrait être pénalement responsable d'un homicide, à raison des vices de la construction dirigée par son entrepreneur, que s'il avait participé à la conduite des travaux et aux fautes qui ont amené l'accident[21].

[18] *Les civiles*, liv. II, sect. IV, n° 3.

[19] Cr. Cass., 24 novembre 1865 (D. 67. 1. 459) ; 22 novembre 1856 (D. [illegible] général, v° *Crimes et délits...*, n° 263) ; 21 novembre 1856 (D. [illegible] 1. 471), 8 mai 1867 (D. 67. 1. 461, S. 68. 1. 95) ; 25 novembre 1875 (D. 76. 1. 461).

[20] Cr. Cass., 7 mai 1868 (D. 69. 1. 72) ; 30 juin 1882 (S. 82. 1. 486).

[21] Cr. Cass., 13 janvier 1865 (S. 66. 1. 181). Voy. Blanche, t. V, n° 13, p. 17.

Une autre application intéressante de cette forme de la faute concerne les médecins et chirurgiens, etc. Nous en faisons plus loin l'objet d'un examen spécial.

1785. *Imprudence.* — Il s'agit encore ici d'une seconde forme du *défaut de prévoyance.* L'agent *a bien connu* la nature de son action : il savait que des conséquences nuisibles pouvaient en résulter; mais il n'a pas prévu, parce qu'il n'a pas fait usage de ses facultés, le mal *déterminé* qui a eu lieu. La cause interne du délit est donc une imprévoyance coupable; et l'auteur en est pénalement responsable, parce qu'il avait conscience, non pas précisément du mal déterminé qu'il a causé, mais de la possibilité de conséquences fâcheuses. Ainsi, la nourrice qui couche son nourrisson avec elle et l'écrase pendant son sommeil, la fille-mère qui, s'abandonnant à son inexpérience au moment de ses couches, laisse son enfant privé de toute espèce de soins, l'industriel qui possède, dans son usine, une chaudière en mauvais état, dont il peut connaître les défauts, chaudière dont l'explosion cause la mort d'un individu, le propriétaire d'un chien enragé qui ne le fait pas abattre, le cycliste qui traverse une rue à une allure exagérée et renverse un passant, le cabaretier qui sert à boire à un homme manifestement ivre, alors que celui-ci meurt à la suite d'une absorption exagérée d'alcool, toutes ces personnes doivent subir la peine de leur imprudence[22].

1786. *Négligence ou inattention.* — Ces deux termes doivent être rapprochés, ils caractérisent une même modalité dans la faute, celle qui résulte de l'omission d'une précaution commandée par la prudence, et dont l'observation eût prévenu l'acci-

[22] Les exemples donnés par la jurisprudence sont innombrables. Ce qu'il importe de remarquer, c'est que cette modalité de la faute, l'imprudence, ne se confond pas avec la contravention aux règlements généraux ou particuliers de police auxquels était soumise l'action accomplie par le prévenu. En d'autres termes, il peut être relevé, à la charge de l'agent, en dehors de toute contravention aux règlements, une imprudence en relation de cause à effet avec l'homicide. « Si, en effet, les règlements rappellent les préceptes de la prudence, ces préceptes existent indépendamment des règlements. » Colmar, 3 févr. 1859 (D. 60. 2. 47). Voy. Cass., 20 avr. 1855 (S. 55. 1. 552); 31 mars 1865 (S. 65. 1. 335; D. 65. 1. 399).

dent[23]. Tel est le cas : des conducteurs de voitures, qui ne se sont pas tenus constamment à la portée de leurs chevaux, lorsque cette négligence a eu pour résultat un homicide; des personnes, qui ont causé le même accident en laissant circuler des fous furieux ou des animaux malfaisants confiés à leur garde; du propriétaire, qui aurait causé un homicide faute d'avoir éclairé, pendant la nuit, les matériaux déposés devant sa porte ou l'excavation qu'il aura fait pratiquer sur la voie publique; des industriels, qui négligent de faire recouvrir, dans les ateliers, les parties dangereuses des pièces saillantes mobiles des machines, au moyen de couvre-engrenages, garde-main ou autres organes protecteurs, lorsqu'un accident, dû à ce défaut de protection, a eu lieu.

1787. *Inobservation des règlements.* — Le mal involontairement causé par l'inobservation des règlements administratifs ou de police, pris par l'autorité compétente, dans l'intérêt de la sûreté ou de la sécurité publique, doit être attribué à la faute de l'auteur, et cette faute rentre dans le défaut de prévoyance ou le défaut de précaution, selon que l'agent a ignoré ou connu ces règlements, sans qu'il y ait lieu de relever contre lui un *fait spécial de maladresse, d'imprudence, d'inattention ou de négligence.* Nous citerons, à titre d'exemples de ce genre de faute : 1° le cas d'une sage-femme qui cause la mort d'un enfant en pratiquant un accouchement laborieux, au mépris des prescriptions de l'article 11 de la loi du 19 ventôse an XI, renouvelées par la loi 30 novembre 1892, sans appeler le secours d'un médecin; 2° celui d'un officier de santé, qui, sans qu'on puisse lui reprocher aucune maladresse, est l'auteur de la mort d'un blessé, pour avoir fait, en dehors des cas d'urgence, une grande opération chirurgicale dans les lieux où un docteur était établi, contrairement aux dispositions de l'article 29 de la loi du 19 ventôse an XI (dispositions reproduites par la loi du 30 novembre 1892); 3° le cas d'un conducteur de voiture qui a causé un

[23] L'article 320 se sert des expressions « *défaut de précaution.* » C'est qu'en effet, la négligence et l'inattention consistent, non dans un fait positif, mais dans l'omission des précautions que celui auquel l'accident est imputable savait devoir prendre, et dont l'observation eût prévenu l'accident.

accident par infraction aux obligations portées par les règlements concernant le chargement, la rapidité ou la mauvaise direction des voitures (C. p., art. 475, §§ 3 et 4; L. 30 mai 1851, sur la police du roulage, art. 2, §§ 3 et 6); 4° le cas d'un pharmacien qui n'a pas tenu, contrairement à l'ordonnance du 6 novembre 1846, des substances vénéneuses dans un endroit sûr et fermé.

Celui qui a négligé de prendre les précautions ordonnées par les règlements et qui, par cette inobservation, est devenu cause d'un accident, peut commettre une *double infraction*. Il est d'abord coupable d'une contravention aux règlements (*contravention* proprement dite); il en est coupable, alors même que cette contravention n'aurait porté préjudice à personne. Il est ensuite responsable du dommage, tel qu'un homicide, des blessures, dont cette infraction a été la cause (*délit d'imprudence* proprement dit), dommage qui doit lui être imputé comme une simple faute, s'il ne l'a pas voulu, quand même il aurait pu le prévoir. C'est un cas de concours idéal d'infractions[24].

Une application de l'article 319, en ce qui concerne l'inobservation des règlements, se trouve dans l'article 22 du décret du 3 janvier 1813, relatif à l'exploitation des mines, ainsi conçu : « En cas d'accidents survenus dans les mines, qui auraient occasionné la perte ou la mutilation d'un ou plusieurs ouvriers, faute de s'être conformé à ce qui est prescrit par les règlements, les exploitants, propriétaires et directeurs, pourront être traduits devant les tribunaux pour l'application, s'il y a lieu, des dispositions des articles 319 et 320 du Code pénal, indépendamment des dommages-intérêts qui pourraient être alloués au profit de

[24] Voy. à ce que nous avons dit à ce sujet, *suprà*, t. III, n° 712. Lorsqu'une double prévention est relevée et que les peines sont cumulativement appliquées pour le délit et la contravention, il n'y a pas violation de la règle *non bis in idem*, si ces deux infractions, bien que commises à l'occasion d'une même scène et relativement à la même personne, résultent de faits successifs, mais distincts quant à leurs éléments matériels et à leurs éléments légaux. Mais si cette formule est exacte, l'application qui en a été faite par la Cour de cass., dans un arrêt du 28 mai 1891 (D. 92. 1. 195), nous paraît bien contestable.

ble passible des peines portées par l'article 320? On l'admet généralement[28], et il faut reconnaître que les nécessités de la justice pratique ont fatalement conduit les tribunaux à cette interprétation de la loi[29]. Mais est-elle bien juridique? on peut en douter. Suivant le sens naturel des mots, une *lésion interne* et surtout une *maladie* ne sont pas des *blessures*. Cela est si vrai que le législateur, en 1832, a jugé nécessaire d'incriminer, par une disposition spéciale et distincte, l'action d'administrer volontairement des substances qui, sans être de nature à donner la mort, sont nuisibles à la santé. Nous savons déjà, que cette disposition, qui forme le quatrième alinéa de l'article 417, a eu pour but de combler une lacune du Code pénal. Mais si, dans les articles 309 et 311, le mot blessures ne comprend pas les lésions internes, comment ce même terme peut-il les comprendre dans l'article 320[30]? Nous constatons d'ailleurs que ces arguments de texte n'ont pas arrêté le développement d'une jurisprudence nécessaire et protectrice de la vie et de la santé humaines. Il est admis, par la pratique des tribunaux, que *toute lésion causée à la personne physique*, si elle dérive de l'une des fautes qualifiées par la loi, peut être l'élément matériel du délit prévu par les articles 319 et 320.

1790. L'homicide ou les blessures involontaires ne constituent un délit qu'autant qu'il existe, entre le *mal produit* et la *faute imputée* au prévenu, une relation de *cause* à *effet* : c'est ce qui résulte des termes mêmes de l'article 319 (Quiconque, ... aura *commis* involontairement un homicide, ou en aura invo-

[28] Cfr. CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, n° 1420 ; BLANCHE, t. V, n° 25

[29] Cfr. Paris, 20 août 1841 (D. J. G., v° *Crimes et délits*, n° 254); Trib. corr. Seine, 27 juillet 1888 (D. J. G., *Supplément*, *eod. ver.*, n° 295). D'après ce jugement, les parents qui, sachant leur enfant atteint d'une affection syphilitique contagieuse, l'ont confié à une nourrice à laquelle l'enfant a communiqué cette maladie, encourent l'application des articles 319 et 320 du Code pénal.

[30] Voy. HAUS, dans *Législ. crim. de la Belgique*, t. III, p. 242. Ces difficultés n'existeraient pas si le Code pénal français s'était servi, comme le Code belge (art. 418), le Code hollandais (§ 308) et le Code allemand (§ 230), de l'expression plus générale et plus compréhensive de *lésion involontaire*.

lontairement été la *cause*). C'est par application de cette règle qu'un médecin ne peut être déclaré coupable d'homicide par imprudence, pour avoir occasionné la mort d'un de ses clients par un médicament prescrit à tort et sans une connaissance assez exacte de l'état du malade, lorsqu'il n'est point établi que le décès soit dû à ce médicament[31].

L'article 319 prévoit, à cet égard, et assimile deux situations : celle d'un individu qui, par sa faute, a *commis* involontairement un homicide, et celle d'un individu qui, involontairement, en a été la *cause*. Il n'est donc pas besoin, pour qu'un individu devienne passible des peines des articles 319 et 320, qu'il ait commis lui-même involontairement un homicide, porté des coups, ou fait des blessures; il suffit que ces actes, s'ils ont eu lieu par le fait d'autrui, soient la conséquence d'une faute qualifiée qui puisse être personnellement imputée à celui qu'on veut rendre responsable[32]. Ainsi, se résout, tout au moins au point de vue pratique, la question, déjà examinée, de savoir si le délit d'homicide volontaire admet une complicité[33]. Un arrêt de rejet de la Cour de cassation[34], brièvement motivé, a décidé « que rien n'implique contradiction à déclarer un accusé complice par promesses, menaces, instruction, aide ou assistance, de l'imprudence ou de la négligence qui ont occasionné un homicide involontaire. » Il est, en effet, bien certain que la loi ne punit pas seulement celui qui a commis, sans intention, un homicide, mais encore celui qui en a été la *cause*, sans l'avoir lui-même commis. La responsabilité du délit se répartit ainsi également entre tous ceux qui, par des actes distincts, principaux ou accessoires, mais constituant une *faute commune*, ont participé à l'homicide

[31] *Sic*, Rouen, 4 décembre 1845 (D. J. G., v° *Responsabilité*, n° 132); Alger, 17 mars 1894 (S. 95. 2. 237). Voy. une autre application : Rouen, 2 avril 1898 (S. 99. 2. 4).

[32] Cfr. Cass., 6 mars 1879 (D. 80. 1. 43) ; Angers, 27 mai 1867 (D. 67. 2. 220) et sur pourvoi : Cass., 16 août 1867 (D. 68. 1. 47).

[33] Cfr. sur la question, Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1425, qui admettent complicité, et Nypels, *op. cit.*, t. II, p. 437, qui la repousse.

[34] Cass., 8 sept. 1831. Ott.

ou aux coups et blessures[35]. Il suffit d'écarter cette unité de délit essentielle à la notion classique de complicité et ne voir que les actes distincts et personnels de chacun des prévenus pour les leur imputer. Ce n'est évidemment pas la complicité au sens juridique du mot; mais c'est une situation analogue que la loi française n'a pas cru devoir en distinguer.

1791. Mais si un fait personnel, imputable à faute à celui qu'on veut rendre pénalement responsable, est suffisant, il est, en même temps, nécessaire. Il suit de là qu'on ne peut déclarer punissable le père ou la mère, lorsque leur fils mineur, habitant avec eux, a commis un homicide involontaire, bien que, au point de vue civil, le père et la mère doivent répondre du préjudice causé par leur fils, vis-à-vis de la victime ou de ses héritiers. Ici, en effet, l'homicide n'est pas en relation de *cause* à *effet* avec la négligence dont le père ou la mère ont fait preuve en ne surveillant pas leur fils. Or, les peines étant personnelles, nul ne saurait être déclaré pénalement responsable du fait d'autrui, alors qu'il n'a pas participé à ce fait par une faute qui lui serait personnellement et directement imputable[36]. Si donc la responsabilité civile du fait d'autrui n'implique pas la responsabilité pénale et s'il n'y a aucune corrélation nécessaire entre ces deux sortes de responsabilité, il est vrai de dire qu'elles peuvent se rencontrer et peser l'une et l'autre sur le père, le maître, le patron, qui auront commis une faute personnelle en relation de cause à effet avec l'homicide ou les blessures résultant de l'action ou de l'omission du fils, de l'élève, du préposé.

Le propriétaire d'un animal est pénalement [37] responsable de

[35] Sur ce point : Henri Sauvard, *op. cit.*, p. 144 à 159; Voy. une espèce intéressante dans Cass., 22 nov. 1895 (*Pand. franç.*, 96. 1. 438). Il s'agit d'un marchand de vin qui avait laissé dans son établissement, à la disposition du public, un objet dangereux ; un consommateur avait blessé grièvement un jeune homme en s'en servant. La Cour de cassation, au lieu de considérer le marchand de vin comme un complice, lui fait l'application directe de l'art. 320.

[36] Cfr. sur ce point : Aix, 28 novembre 1867 (D. 68. 2. 223); Caen, 16, juillet 1879 (D. 81. 2. 169).

[37] On sait qu'aux termes de l'article 1385 du Code civil, « le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est res-

l'homicide ou des blessures occasionnés par cet animal, s'il y a eu, de sa part, imprudence, inattention, négligence, ou inobservation des règlements, en un mot s'il a commis une de ces fautes qualifiées par l'article 319, qui serait la cause de l'homicide ou des blessures [38]. On peut citer, comme exemple de responsabilité pénale de ce genre, le cas d'un entrepreneur de spectacles d'animaux qui, faute d'avoir pris les précautions prescrites par les règlements, a causé un homicide, ou bien le cas du propriétaire d'un cheval qui, connaissant la vivacité ou le vice de cet animal, en a imprudemment confié la conduite à un tiers, sous la direction duquel ce cheval a causé des blessures à autrui [39].

En résumé, s'il est nécessaire de pouvoir relever une action ou une omission volontaire à laquelle se rattache un homicide, une blessure, il n'est pas indispensable que cette action ou cette omission en soit la seule et unique cause. Sans doute, un patron, par exemple, n'est pas, comme tel, pénalement responsable d'une manœuvre imprudente de son préposé, qui a causé la mort d'un tiers; mais si ce patron a commis une imprudence personnelle, soit dans le choix de son préposé, soit dans la disposition des lieux où s'est produit l'accident, soit dans la fourniture des instruments de travail, il peut être pénalement atteint, parce que la faute commise par son préposé n'exclut pas sa faute personnelle.

1792. III. L'article 319 est applicable à toutes les professions et à tous les métiers et en un mot à *quiconque*, « par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, » commet involontairement un homicide ou en est involontairement la cause [40]. Mais si le devoir social de prudence

ponsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé. »

[38] V. sur la question : *Examen de doctrine et de jurisprudence sur la responsabilité pénale résultant de l'abandon des animaux* (*J. du droit crim.*, 1874, p. 353). Voy. spécialement pour les chiens : Cass., 4 nov. 1899 (*Gaz. des Trib.*, n° 13-14 nov. 1899).

[39] Bordeaux, 28 janvier 1841 (D. J. G., v° *Responsabilité*, n° 615-2°).

[40] Sur ce point : Blanche, t. V, n° 8. Cette solution ressort, du reste, de l'ensemble des arrêts.

s'impose à chaque citoyen dans la sphère d'activité qui lui est propre, celui qui remplit un emploi ou exerce une profession abuse en quelque sorte de la confiance que lui témoigne le public s'il omet d'apporter, dans sa fonction, l'attention et la prévoyance que cette fonction comporte. L'imprudence est alors *qualifiée* par la *qualité de l'auteur*. La faute d'un aiguilleur, d'un mécanicien, d'un pilote, d'un capitaine de navire peut causer de terribles sinistres. Le Code pénal allemand, dans le cas de mort ou blessures, élève le maximum de la peine d'emprisonnement « si l'auteur était plus particulièrement obligé à la diligence par suite de sa profession, de sa fonction ou de son métier[11]. » Mais la qualité de l'auteur d'un hommicide ou de blessures par imprudence n'intervient, dans notre législation, ni comme circonstance aggravante légale, ni comme élément constitutif d'une infraction spéciale. Les articles 319 et 320 constituent les seules dispositions réprimant l'imprudence coupable de *quiconque* a causé un homicide ou des blessures.

1793. Les personnes exerçant légalement *l'art de guérir* sont assujetties, en vertu des articles 319 et 320, à la responsabilité pénale de l'homicide ou des blessures involontaires dont leur impéritie ou leur maladresse a pu être la cause[12]. La ques-

[11] Voy. les §§ 222 et 223 du C. p. allemand ; Liszt *Lehrbuch*, 5841. Comp. C. p. hongrois, §§ 290 et 291, 310, al. 2. L'avant projet du Code pénal suisse fait usage de la notion de l'imprudence qualifiée. L'art. 59, relatif à l'homicide, et l'art. 68, prévoyant l'atteinte « à l'intégrité corporelle ou à la santé d'autrui, » élèvent le taux normal de la peine, si par sa négligence « l'auteur a enfreint un devoir spécial de sa fonction, profession ou industrie. »

[12] Par conséquent, il ne faut pas prendre à la lettre la célèbre boutade de Molière dans le *Médecin malgré lui*. Sganarelle, parlant de la profession, dit : « Je trouve que c'est le métier le meilleur de tous. Car, soit qu'on fasse bien ou qu'on fasse mal, on est toujours payé de la même sorte. La besogne ne retombe jamais sur notre dos ; et nous taillons comme il nous plaît sur l'étoffe où nous travaillons. Un cordonnier, en faisant des souliers, ne saurait gâter un morceau de cuir qu'il n'en paie les pots cassés, mais ici l'on peut gâter un homme sans qu'il en coûte rien. Les bévues ne sont point pour nous, et c'est toujours la faute de celui qui meurt. Enfin le bon de cette profession est qu'il y a parmi les morts une honnêteté, une discrétion la plus

tion n'a jamais fait doute pour personne, et elle n'est restée délicate qu'à raison de la difficulté d'apprécier, dans les poursuites de ce genre, les questions médicales et scientifiques, que la prévention d'homicide ou de blessures par imprudence contre un médecin, un chirurgien ou un officier de santé, est de nature à soulever. Sans doute, les tribunaux ne se reconnaissent pas le droit de condamner les individus exerçant légalement l'art de guérir, si ces individus ont simplement appliqué à leur malade des

grande du monde, et jamais on n'en voit se plaindre du médecin qui l'a tué. » Il ne faut pas non plus prendre comme acquise la situation privilégiée qui inspirait à Montaigne cette boutade fameuse : « Les médecins ont cet heur que le soleil éclaire leur succès et que la terre cache leurs fautes. » Les médecins sont, en effet, soumis à une double responsabité dans les termes du droit commun : *responsabilité civile*, fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil ; *responsabilité pénale*, basée sur les articles 319 et 320 du Code pénal. Cette double responsabilité a été souvent contestée par le corps médical : « La garantie du public, disait le Dr Double, dans un rapport lu à la séance de l'Académie de médecine du 29 septembre 1829, réside dans les études et les épreuves par lesquelles doivent passer les docteurs pour obtenir leur diplôme. Mais la responsabilité des médecins, dans l'exercice consciencieux de leur profession, ne saurait être justiciable de la loi. Les erreurs involontaires, les fautes hors de prévoyance, les résultats fâcheux hors de calcul ne doivent relever que de l'opinion publique : si l'on veut qu'il en soit autrement, c'en est fait de la médecine. C'est un mandat illimité qu'il faut auprès des malades ; l'art de guérir ne peut réellement devenir profitable qu'à cette condition. En fait donc de médecine pratique, de même qu'en matière de justice distributive, les médecins, non plus que les juges, ne sauraient devenir légalement passibles des erreurs qu'ils peuvent commettre dans l'exercice de leurs fonctions. Là, comme ici, la responsabilité est toute morale, toute de conscience; nulle action juridique ne peut être légalement intentée, si ce n'est en cas de captation, de dol, de fraude ou de prévarication. Ainsi le veut la juste intelligence des intérêts privés. » Au fond, la jurisprudence n'est nullement en désaccord avec ces vœux du corps médical. Les tribunaux s'abstiennent de condamner le médecin chaque fois que, d'après les débats, il résulte que l'erreur de celui-ci n'est qu'une erreur de doctrine, comme ils s'abstiennent de déclarer les notaires responsables lorsqu'ils ont commis une erreur de droit sur une question controversée. C'est dans ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée par arrêt du 18 juin 1835, rendu sur les conclusions de Dupin D. 35. 1. 300). *Adde*, Alger, 17 mars 1894 (S. 93. 2. 237), Douai, 15 août 1897 (S. 98. 1. 78); Paris, 4 mars 1898 (S. 99. 2. 90. D. 98. 2. 448).

théories, des opinions ou des systèmes médicaux sujets à controverses scientifiques. Ils ne peuvent pas non plus apprécier l'opportunité ni l'exécution plus ou moins parfaite d'un traitement médical ou d'une opération chirurgicale. Et, à ce point de vue, il est vrai de dire que le médecin ou le chirurgien peut « gâter un homme sans qu'il en coûte rien. » La responsabilité pénale, pas plus que la responsabilité civile, ne serait pas davantage engagée, si l'on n'avait à reprocher au médecin qu'une certaine inexpérience ou une certaine ignorance qui aurait eu pour le malade des conséquences fâcheuses qu'un médecin plus habile et plus exercé aurait peut-être évitées. Dans tous ces cas, la question de responsabilité devient une question *d'ordre purement scientifique et technique* et, à ce titre, elle ne doit pas se poser. Mais il y a des imprévoyances en quelque sorte vulgaires, des erreurs qui sont au-dessus des doutes ou des discussions, des ignorances, des inattentions qui choquent ces règles de prudence et de bon sens auxquelles est nécessairement soumis l'exercice de toute profession. L'impéritie est une faute pour celui qui fait métier d'un art: *unusquisque peritiam in arte sua præstare debet.* En vain, soutiendrait-on que les médecins et chirurgiens étant obligés, dans notre pays du moins, de faire des études et de prendre certains grades, sont censés connaître leur art. Car le diplôme, qui permet d'exercer légalement la médécine, n'est qu'une présomption de capacité, présomption qui peut être détruite par les faits mêmes de la cause. Évidemment, des poursuites ne doiveut être exercées contre les médecins ou chirurgiens, pour homicide ou blessures involontaires, qu'avec une extrême circonspection : mais le principe de la responsabilité pénale de droit commun leur est certainement applicable. C'est ce que décide la jurisprudence. Elle a vu une faute médicale ou opératoire, motivant une poursuite pénale, particulièrement dans l'un des cas suivants: *ivresse*, *négligence* ou *abandon du malade; erreur grossière* dans une ordonnance ou dans l'administration ou la livraison de remèdes; emploi *d'instruments défectueux* ou *inaptitude* à se servir des instruments ordinaires; essai imprudent de *méthodes curatives nouvelles, à l'insu du malade*; transmission de maladies

contagieuses par suite de l'*absence de précautions élémentaires*, telles que soins de propreté ou désinfection des instruments[43].

Mais, en France, le qualité de médecin n'est pas une circonstance aggravante légale : le délit d'imprudence, lorsqu'il est relevé, n'est pas qualifié. Il en est autrement dans quelques pays étrangers, notamment en Allemagne et en Autriche[44].

1794. Aux termes de l'article 19 de la loi du 15 juillet 1845. « quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des lois ou règlements, aura involontairement causé *sur un chemin de fer*, ou *dans les gares ou stations*, un accident qui aura occasionné des blessures, sera puni de huit jours à six mois d'emprisonnement, et d'une amende de 50 à 1,000 francs. Si l'accident a occasionné la mort d'une ou plusieurs personnes, l'emprisonnement sera de six mois à cinq ans, et l'amende de 300 à 5,000 francs. » Cet article, tout en reproduisant l'article 319, au point de vue de l'énumération des cinq formes de la faute, en a aggravé les pénalités à raison des conséquences ordinairement plus graves des accidents de chemin de fer et de la vigilance plus active à laquelle sont tenus les employés. On remarquera également que, par l'adjonction du mot *lois*, le texte attache la responsabilité pénale en cette matière, aussi bien à l'inobservation des *lois* qu'à l'inobservation des *règlements*[45].

[43] Voy. sur la question générale : Roger Mouzin Zizis, *Etude médico légale sur la responsabilité professionnelle des médecins, chirurgiens et accoucheurs* (Baillière, éd., 1899); Lacassagne, *Archiv. de l'anth. crim.*, n° 15, janv. 1898; Brouardel, *La responsabilité médicale* (*Rev. des Deux-Mondes*, 1er déc. 1897); Dr Carl Stooss, *Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung*, 1898. On lira, du même auteur, un article dans la *Rev. pén. suisse* (*Zur Abgrenzung des Notstandes*), 1899, p. 330 à 338. L'auteur affirme le principe que l'intervention médicale ne constitue pas un acte punissable à raison de sa *nature* même. Voy. anal. dans *Rev. pénit.*, 1900, p. 470. Mais cette thèse est évidemment excessive.

[44] Voy. Liszt, *Lehrbuch*, p. 151.

[45] Le texte s'applique à toute personne. On remarquera, en effet, que la qualité d'employé de chemin de fer n'est pas une circonstance aggravante légale, des homicides par imprudence commis dans leur service.

SECTION QUATRIÈME

Attentats aux mœurs ou à la pudeur.

---

§ CIV. — DE L'ATTENTAT AUX MŒURS EN GÉNÉRAL.

1795. Rapprochement fait, d'ordinaire, par les législations pénales, des délits contre l'ordre des familles et des délits contre la moralité publique. Le Code pénal français s'occupe, sous la qualification d'attentats aux mœurs, de ce second groupe de délits. — **1796.** Le domaine de la morale et celui du droit doivent être soigneusement séparés. — **1797.** Des idées qui ont inspiré l'ancienne législation. — **1798.** Comparaison, à ce point de vue, de l'ancien droit français et de l'ancien droit allemand. — **1799.** Évolution des idées dans le droit moderne. — **1800.** Examen de quelques problèmes généraux qui dominent le sujet. — **1801.** De l'outrage public à la pudeur. Du viol. De l'attentat à la pudeur. Législation comparée. Dans ce groupement de délits, l'outrage public à la pudeur constitue une division nécessaire. — **1802.** Mais entre le viol et l'attentat à la pudeur, il ne devrait y avoir qu'une distinction de pénalité, basée sur les suites de ces deux actes. — **1803.** Des actes contraires aux mœurs qui constituent des inversions ou des perversions de l'instinct sexuel. Pédérastie. Tribadisme. Bestialité. — **1804.** De la notion de violence dans l'attentat à la pudeur et le viol. Violence physique. Violence morale. — **1805.** Age de la victime. — **1806.** Observations sur la statistique des viols et attentats à la pudeur sur enfants. — **1807.** Du proxénétisme. Système français. Système allemand. — **1808.** De la prostitution.

1795. Les Codes modernes réunissent d'ordinaire, sous la qualification de *délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique*, deux groupes d'infraction de nature différente : 1° d'une part, l'avortement, l'exposition et le délaissement d'enfant; les délits qui tendent à empêcher ou à détruire la preuve de l'état civil de l'enfant; l'enlèvement de mineurs; 2° d'autre part, l'attentat à la pudeur et le viol; la prostitution ou la corruption de la jeunesse; les outrages publics aux bonnes mœurs; l'adultère et la bigamie[1]. Le Code pénal français a sé-

§ CIV. [1] Tel est le système du Code pénal belge. Le Code pénal italien de 1889, à l'exemple du Code pénal toscan, réunit également, sous un même titre (le tit. VII du livr. II, art. 361 à 363), les délits contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre des familles. Ce sont : 1° la violence charnelle, la corruption de mineurs et l'outrage à la pudeur; 2° le rapt; 3° le proxénétisme;

1797. C'est sous ces deux aspects que l'intérêt du maintien des bonnes mœurs a été apprécié, depuis l'avènement du christianisme, dans les législations des peuples modernes. Deux traits communs caractérisent, en effet, leurs dispositions : 1° Il semble tout d'abord, que ce chapitre du droit pénal soit détaché d'un ouvrage théologique. Les limites qui séparent le *péché* et le *délit* ne sont pas aperçues. Ce que la loi punit, c'est la *luxure*, c'est-à-dire toute conjonction sexuelle, toute habitude charnelle illicite. 2° Et elle réprime ce *péché* avec une sévérité extrême. Elle va même jusqu'à frapper l'œuvre de chair, en dehors du mariage, de la peine capitale. Il faut lire, sur les diverses formes du crime de luxure, sur la fornication, le concubinage, le stupre, les mariages clandestins, le rapt, le viol, l'adultère, l'inceste, la polygamie et les crimes contre nature, ce qu'écrivent, comme étant encore en vigueur de leur temps, c'est-à-dire dans la dernière moitié du XVIIIe siècle, les deux criminalistes français les plus autorisés de cette époque, Jousse et Muyart de Vouglans[3].

1798. Les Germains et les Latins ont eu cependant, à ce point de vue, des idées différentes. Les premiers accordent au mariage une protection particulière. Les seconds ont une manière de voir plus indulgente; et, malgré l'influence du christianisme, ils ne vont pas jusqu'à considérer comme punissables toutes relations sexuelles en dehors du mariage[4]. Mais, chez les uns et chez les autres, on punit les actes de libertinage.

Une réaction contre cette intrusion de la loi sociale dans le domaine de la morale individuelle se produisit, du reste, en Allemagne comme en France, dans la seconde moitié du XVIIIe siècle; mais ce n'est que dans notre siècle que ce mouve-

[3] JOUSSE, *op. cit.*, t. III, p. 705 à 752; MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, p. 212.

[4] La simple fornication n'était frappée d'aucune peine. Cfr. Julius CLARUS, *Fornicatio*, n° 1; FARINACIUS, *De delictis carnis, quest.* 137, n° 41; JOUSSE, t. III, p. 707. Mais on ne comprenait sous cette qualification que le commerce avec des prostituées. Cfr. MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, p. 212. Quant à la séduction exercée, soit par des promesses, soit par des présents, sur une fille ou une veuve dont la conduite avait été jusque-là régulière, elle prenait le nom de *stupre* et constituait un délit.

... a pu aboutir et qu'on a vu les Codes modernes s'attacher ... séparer, de plus en plus, ce qui appartient au domaine de la ... morale de ce qui appartient au domaine de la loi sociale. En... aujourd'hui, cependant, les législations d'origine germa... ont, au point de vue des délits contre les mœurs, une ten... à la fois plus extensive et plus répressive que celle dont ... Codes d'origine française contiennent l'expression[5].

1799. Abstraction faite de cette double tendance, on peut ... que, dans nos sociétés modernes, la loi en général, ne punit pas, les actes qui constitueraient des *vices* aux yeux de la loi morale, des *péchés* aux yeux de la loi religieuse. La séparation du droit d'avec la morale et la religion est un des traits caractéristiques des législations du XIXe siècle, quand on les compare aux législations des siècles passés. C'est surtout à propos des actes contraires aux mœurs que ce contraste est saisissant. Les Codes modernes passent indifférents à côté de ces actes, qui restent, en principe, du domaine de la conscience et ne rentrent dans le domaine de la loi pénale que s'ils sont accompagnés de l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

1° S'ils sont commis publiquement et constituent ainsi des *outrages à la pudeur de tous ;*

2° S'ils sont commis à l'aide de *violences ;*

3° S'ils sont commis à l'égard d'une personne qui ne peut émettre un *consentement valable ;*

4° S'ils constituent une *violation de la foi conjugale ;*

5° S'ils supposent une *excitation à la débauche* ou des *facilités* données à la prostitution.

Tel est le cadre dans lequel se meut, aujourd'hui, chez tous les peuples civilisés, la législation des délits contraires aux bonnes mœurs. Sur ces lignes générales, l'accord est à peu près complet dans les Codes modernes.

C'est ainsi qu'ils ne punissent ni le fait, par deux personnes

[5] On le remarque particulièrement quand on étudie les délits contre les mœurs dans les Codes suisses. V. sur ce point : E. Picot, *Les délits contre les mœurs dans les Codes pénaux suisses. Étude de législation comparée* (*Revue pénale suisse*, 1889, t. II, p. 51 à 67).

qui ne sont pas mariées, d'avoir ensemble des relations sexuelles (*stuprum voluntarium*), ni même le fait de deux personnes non mariées vivant ensemble dans une situation analogue à celle de deux époux (*concubinage*) [6]. C'est ainsi encore que la *séduction*, c'est-à-dire le fait, sans user ni de violence ni de fraude, d'obtenir les faveurs d'une personne nubile d'un autre sexe, ne constitue un délit que lorsqu'elle est accompagnée de la violation d'un devoir professionnel, lorsqu'elle est le résultat d'un abus d'autorité, lorsqu'elle s'exerce à l'égard de mineurs, ou lorsque plusieurs de ces circonstances se rencontrent simultanément. Mais les législations modernes se divisent sur la solution qu'il convient de donner à un certain nombre de problèmes qui ont, du reste, les uns et les autres, en cette matière, une importance capitale.

On peut en citer particulièrement six, que nous examinerons brièvement, avant d'entrer dans l'exposé de la solution que leur donne la loi pénale française.

1800. Les actes contraires aux bonnes mœurs et que notre législation incrimine, se divisent, en laissant de côté l'adultère, la bigamie et l'excitation de mineurs à la débauche dont nous parlerons plus loin, en trois groupes assez facilement reconnaissables : 1° les *outrages publics à la pudeur;* 2° les *attentats à la pudeur;* 3° *les viols*. Dans cette gamme ascendante de délits, le premier groupe — l'outrage public à la pudeur — constitue une division nécessaire, adoptée et acceptée partout. Il s'agit de faits et d'actes contraires à la pudeur, qui, pris en eux-mêmes, sont indifférents aux yeux de la loi pénale, parce qu'ils ne lèsent pas une personne déterminée. Ce que la loi réprime, c'est la *publicité* qui les accompagne. Elle considère ces actes comme des *atteintes à la décence publique*. Mais les deux autres groupes se composent de faits attentatoires à la pudeur d'une personne déterminée, qui deviennent punissables parce qu'ils sont commis sans le consentement de la victime. Ces faits ont, entre eux, la plus grande analogie; et le premier problème qui se

[6] Cependant, quelques Codes de la Suisse allemande punissent encore ces faits.

pose, en législation, est de savoir s'il convient de les distinguer et de séparer ainsi le *viol* de *l'attentat violent à la pudeur*. Cette classification des *violences charnelles*, en deux groupes distincts par leur caractère et leur pénalité, est faite, du reste, par la plupart des Codes étrangers. C'est ainsi, par exemple, que le Code pénal belge de 1867 punit, dans son article 373, l'attentat à la pudeur avec violence, d'un emprisonnement de six mois à cinq ans, tandis que le viol est puni de la réclusion (art. 375). Dans le Code pénal hongrois de 1878, le crime de viol est passible de dix ans de maison de force au maximum, l'attentat à la pudeur, de cinq ans de réclusion au maximum (art. 232 et 233). On trouve une distinction analogue faite par le Code pénal toscan de 1853, qui régissait encore, avant la promulgation du nouveau Code pénal italien de 1889, une province de l'Italie, entre la *violenza carnale*, punie de quatre à huit ans de maison de force, et l'*atto di libidine*, puni de un à cinq ans de prison. Les grandes lignes de cette division ont été conservées par le Code pénal italien de 1889. La *violenza carnale* est prévue par l'article 331 et définie : « *il costringimento di una persona dell' une o dell' altro sesso a congiunzione carnale* »; elle est punie, suivant les cas et les circonstances, tantôt de trois à dix ans, tantôt de huit à quinze ans de réclusion (art. 331 et 332). Tous autres *atti di libidine* sont punis, tantôt de un à sept ans, tantôt de deux à dix ans, tantôt de quatre à dix ans de réclusion (art. 333), suivant les circonstances. Mais le Code pénal des Pays-Bas de 1881 ne se rallie pas, sur ce point, à la majorité des législations européennes (§§ 244 et 245). La loi anglaise n'incriminait également que le viol (*rape*), c'est-à-dire les rapports sexuels dont une femme est victime par force et sans son consentement. Dans le projet de Code criminel, le viol est défini « l'acte qui consiste à avoir des rapports charnels avec une femme sans sa permission consciente, si cette permission a été extorquée par la force ou par crainte d'un préjudice physique, ou qu'elle ait été obtenue en se faisant passer pour le mari, ou en prétendant que l'acte est nécessaire ou sera avantageux pour elle dans un but médical ou chirurgical. » Le consentement de la victime n'excuse ni ne change la nature du crime, quand la

victime n'a pas atteint un certain âge, dont la limite a été successivement reculée, ainsi que nous le verrons plus loin.

1801. Pour apprécier, au point de vue législatif, la distinction entre l'attentat à la pudeur avec violence et le viol, tenté ou consommé, il convient d'en saisir d'abord le critère caractéristique. Or, chose étrange, sur ce point, les Codes modernes ne contiennent, à l'exception du Code pénal italien, aucune définition précise : ils abandonnent, à l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle, le soin de classer, dans l'une ou l'autre des deux catégories, les diverses violences attentatoires à la pudeur d'autrui que l'infinie variété des faits et les multiples manifestations criminelles de l'instinct génésique peuvent présenter. Il n'est pas facile, nous allons nous en convaincre, de suppléer à l'absence de définition légale, et beaucoup de médecins légistes, en France, sont tombés, à ce sujet, dans des erreurs bien excusables, mais qui n'en sont pas moins regrettables, car elles ont pour résultat de créer un malentendu entre les experts et les magistrats.

a) L'attentat à la pudeur est tout acte exercé directement sur une personne et par une personne déterminée, dans le but de blesser sa pudeur, et qui est de nature à produire ce résultat. Peu importe le mobile de l'acte, l'intention indirecte et de derrière la tête du délinquant : l'acte constitue un attentat à la pudeur, qu'il ait eu pour objet de procurer à celui qui en est accusé une jouissance sexuelle, ou qu'il doive être attribué à tout autre mobile, tel que la haine, la vengeance, la curiosité. L'attentat résulte d'un acte matériel, de nature à blesser la pudeur. Si l'acte est commis sans violence, il n'est passible d'aucune peine, à moins qu'il ne soit public et ne rentre ainsi dans les termes et sous la qualification de l'outrage à la pudeur; ou qu'il ne soit commis, par toute personne, sur un enfant de moins de treize ans, ou par un ascendant, sur la personne d'un mineur, même âgé de plus de treize ans, mais non émancipé par le mariage.

b) Le viol est un attentat aux mœurs commis sur une personne dans le but de procurer une jouissance charnelle, par le rapprochement des sexes et à l'aide de violences. Ce crime

diffère donc de l'attentat à la pudeur : 1° en ce que l'attentat à la pudeur résulte de tout acte de nature à blesser la pudeur d'une personne, en dehors de la condition spéciale au viol et essentielle pour le caractériser, le *rapprochement de deux personnes de sexe différent* ; 2° en ce que le viol n'existe que par la *violence*, tandis que l'attentat à la pudeur peut exister avec ou sans violence, de sorte que toute circonstance qui dénoterait une sorte d'acquiescement de la part de la victime, transformerait la qualification de viol en qualification d'attentat. Le viol peut être *consommé*, comme il peut être simplement *tenté :* il admet donc des degrés divers dans son exécution. Mais la tentative caractérisée de viol ne doit pas être confondue avec l'attentat à la pudeur. Ce n'est pas l'intromission plus ou moins complète du membre viril, avec ou sans défloration, qui constitue le viol, la non intromission constituant l'attentat à la pudeur, comme semblent le croire les médecins légistes. La loi française est étrangère à ces distinctions matérielles : elle ne se préoccupe que du résultat voulu par l'agent, la conjonction charnelle de deux personnes de sexe différent; elle ne se demande même pas si, à raison de l'âge, soit de la victime, soit de l'auteur du crime, et de la disproportion des parties sexuelles qui en est la conséquence, ce résultat est possible. Pour le Code pénal de 1810, ce qui qualifie le crime, c'est le *but* de l'agent. Les désordres matériels que l'acte attentatoire à la pudeur a pu produire sur les organes de la victime, ne caractérisent pas les divers degrés de ces incriminations : *attentat à la pudeur*, *viol*, *tentative de viol*. Il faut donc rejeter, comme erronées, les distinctions que présentent les ouvrages si remarquables, du reste, à tant d'égards, de Pénard[7] et de Tardieu[8].

Ceci compris, il nous semble que, sans répudier complètement cette distinction entre l'attentat à la pudeur et le viol, il conviendrait de lui donner une base plus précise et plus matérielle. Pour établir *légalement* le crime de viol, il serait néces-

[7] *De l'intervention des médecins légistes dans les questions d'attentats aux mœurs.*

[8] *Etude médico-légale sur les attentats aux mœurs.*

saire de prouver l'intromission plus ou moins complète du membre viril dans la cavité vaginale. En l'absence de cette circonstance, essentielle mais suffisante, le fait recevrait la qualification d'attentat à la pudeur. L'existence de lésions matérielles ayant précédé, accompagné ou suivi le fait, serait considérée comme le premier élément d'aggravation du crime ou du délit. La défloration devrait particulièrement appeler l'attention de la loi, qui graduerait son système de pénalité, non d'après le but poursuivi par l'agent, non d'après le degré de pénétration du membre viril dans la cavité vaginale, mais d'après les désordres causés par l'attentat et les conséquences nocives à la santé qui en auraient été les suites.

1802. Les attentats à la pudeur qui se manifestent par des actes antiphysiologiques, constituent des *inversions* ou des *perversions* de l'instinct sexuel. Doivent-ils être prévus et réprimés comme tels par la loi pénale[9]? La question est délicate.

L'inversion de l'instinct sexuel (*sodomia ratione sexus*)[10]

[9] Cfr. CHEVALIER, *Sur l'inversion de l'instinct sexuel au point de vue médico-légal*, 1885; *id.*, série d'articles dans les *Archiv. d'antropologie crim.*, 1890, p. 314, 1891, pp. 49, 500, réunis depuis en un volume. MOREAU, *Les aberrations du sens génésique*, 1880; GLEY, *Les aberrations de l'instinct sexuel d'après les travaux récents* (*Revue philosophique*, janv. 1884); Dr LAURENT, *L'amour morbide* Paris, 1891); Dr Paul SÉRIEUX, *Recherches chimiques sur les anomalies de l'instinct sexuel* (Paris, 1888). On trouvera, dans les *Archives d'anthropologie criminelle*, de nombreux articles sur ces questions. On doit à TARNOWSKI, professeur à l'Académie impériale de Saint-Pétersbourg, et à KRAFFT-EBING, professeur à l'Université de Gratz, deux traités bourrés de faits : du premier, *Les phénomènes morbides du sens génésique* (Berlin, 1886); du second, *La psychopatie sexuelle* (Stuttgard, 1887), où l'auteur a résumé ses travaux antérieurs. Sans doute, il faut se garder de prendre, pour des monstruosités ou des maladies, toutes les audaces périlleuses, parfois grotesques, auxquelles la surexcitation de leurs sens entraîne certains individus. Mais il y a, souvent, dans ces aberrations de l'instinct sexuel, un syndrome épisodique de la dégénérescence. Voy. TARDE, *L'amour morbide* (*Arch. anth. crim.*, 1889, p. 585).

[10] Dans le langage médical, on donne le nom de *sodomie* aux rapports caractérisés par l'intromission anale du membre viril, qu'ils aient lieu entre personnes de sexe différent ou entre personnes appartenant toutes deux au sexe masculin. L'expression de *pédérastie* doit être réservée aux faits qui se produisent dans cette dernière condition.

peut se montrer dans les deux sexes : pour l'homme, c'est la *pédérastie* ; pour la femme, le *tribadisme* ou le *saphisme*. Dans les deux cas, c'est un individu qui recherche la satisfaction de son instinct sexuel avec un individu de même sexe et de même espèce que lui.

La perversion de l'instinct sexuel *(sodomia ratione generis)* se manifeste surtout par la *bestialité*, c'est-à-dire par les rapports d'un individu avec un animal.

Les législateurs anciens étaient unanimes dans leur appréciation. Pour eux, il ne s'agissait pas seulement, dans ces actes, d'*aberrations pathologiques* ou de *vices*, relevant de la conscience, mais bien de *crimes* monstrueux, relevant de la loi. On frappait presque uniformément ces actes du dernier supplice. D'après l'article CXVI de la Caroline : « Le crime d'une personne commis avec une bête, d'un homme avec un homme, d'une femme avec une femme, sera puni de mort, et, suivant l'usage ordinaire, on prononcera la peine du feu. » Les mêmes prévisions et les mêmes pénalités se retrouvent dans l'ancien droit français[11]. Au siècle dernier, on brûlait les sodomistes en place de grève[12], et, il y a peu de temps encore, on pendait les coupables de ce crime en Amérique et en Angleterre. Mais, contraire-

[11] Le droit romain n'avait prévu, pour les punir, que les rapports d'homme à homme. Antique *Lex Scatinia* sur la *monstrosa venus* ; plus tard, L. *Julia de Adult.*, § 4, Inst., *De publ. judic.* V. également à ce sujet : Jousse, t. IV, p. 118 à 124, et les exemples recueillis par ce criminaliste. « Suivant l'ancien droit de France, dit Jousse, on se contentait de châtrer ceux qui étaient convaincus de sodomie. Et c'est aussi la peine dont il est parlé dans la *Somme rurale* de Bouteillier, livre 2, tit. 40, p. 870. Suivant cet auteur, celui qui est prouvé sodomiste doit perdre les testicules pour la première fois; et, pour la seconde fois, les parties naturelles; et, pour la troisième fois, être brûlé vif. Par les établissements de Saint-Louis de l'année 1270, part. 1, chap. 85 : « Si aucun n'est soupçonné de *bougrerie*, la justice le doit prendre, et envoyer à l'évêque, et se il s'en est prouvé, on le doit ardoir. »

[12] « A l'exemple du châtiment que la justice divine en avait tiré », disent nos anciens auteurs. En conséquence d'un arrêt du 5 juin 1750, les nommés Bruneau, Lenoir et Jean Diot, coupables de sodomie, furent brûlés en place de Grève, le lundi 6 juillet suivant. En 1783, on brûlait, au même lieu ; après lui avoir rompu les membres, un ancien capucin, coupable d'un odieux attentat sur un petit garçon.

ment à la loi anglaise qui punit encore du *hard labour* ceux qui se rendent coupables de sodomie et de bestialité[13], au Code pénal autrichien (§ 127), qui considère, comme crimes, les « espèces suivantes d'attentats à la pudeur : 1° le coït contre nature, c'est-à-dire : *a*) avec des animaux; *b*) avec des personnes du même sexe »; contrairement au Code pénal allemand[14], qui punit de la prison et de la perte des droits honorifiques, « le délit, contre nature accompli entre hommes et avec des animaux, » au Code pénal hongrois qui suit un système analogue[15], et à quelques Codes de la Suisse allemande, les Codes modernes, qui s'inspirent des idées françaises, ne prononcent même pas les noms de pédérastie, de sodomie, de bestialité, et ne font pas mention expresse du « péché contre nature, » qui ne devient ainsi un crime ou un délit que lorsqu'il constitue, en même temps, soit un outrage public à la pudeur, soit un attentat aux mœurs commis avec ou sans violence[16]. D'après E. Hoffmann, « les raisons qui font que le crime contre nature est puni aujourd'hui

[13] Le bill anglais du 14 août 1885 punit, dans son article 11, l'outrage à la pudeur (*gros indecency*), public ou non, commis *inter viros*, d'un emprisonnement de deux ans au plus, avec ou sans travail forcé. Les complices ou intermédiaires sont punis des mêmes peines. De plus l'article 13 punit d'une amende de 20 L. et d'un emprisonnement de trois mois, le locataire ou le propriétaire qui permet sciemment que sa maison serve de lieu habituel de prostitution. Cette loi, relative à la protection des femmes et des filles, et à la suppression des maisons de tolérance, fut votée à la suite d'une série d'articles intitulés : *The maiden tribute of modern Babylon* (le tribut des vierges de la Babylone moderne), publiés dans la *Pall mall Gazette* des 6, et 7, 8 et 10 juillet 1885. Il en été fait, il y a quelques années, une application notable dans le procès célèbre d'un homme de lettres anglais, Oscar Wilde, (*Arch. de l'anth. crim.*, 1895, p. 445 à 477).

[14] Code pénal allemand, § 175. La loi allemande punit donc la *sodomia ratione sexus* (pédérastie) et la *sodomia ratione generis* (bestialité). Elle exige, pour que le délit existe, la conjonction charnelle (sodomie), et ne s'applique pas aux actes impudiques commis entre hommes, par exemple à l'onanisme réciproque : Tribunal de l'Empire, 30 octobre 1882.

[15] Les §§ 241 et 242 du Code pénal hongrois punissent, d'une manière générale, l'acte impudique commis entre personnes du sexe masculin, ou par des hommes sur des animaux.

[16] Cfr. par exemple, les articles 333 et 338 du Code pénal italien de 1889.

de peines moins sévères qu'autrefois (ou même n'est pas puni du tout) se trouvent, d'une part, dans l'appréciation plus clémente des dépravations sexuelles en général, d'autre part, dans ce fait qui est le résultat de l'observation psychiatrique, que l'on regarde le penchant d'un individu pour un individu du même sexe comme une impression sexuelle anormale. » Mais le véritable motif de l'évolution qui s'est produite, à cet égard dans les législations modernes, c'est la compréhension plus complète, de cette idée fondamentale, que la répression d'un *vice* appartient à la *loi morale* et non à la *loi sociale*[17].

1803. Ce qui caractérise, en principe, soit l'attentat à la pudeur soit le viol, ce que la loi sociale punit, c'est l'emploi de la *violence* pour se procurer une jouissance sexuelle. Mais en quoi consiste la violence? S'il agit de l'emploi de la force physique pour vaincre la résistance opposée par la victime, aucune difficulté ne s'élève. Tous les Codes ont prévu et caractérisé cette forme de contrainte de la liberté et de pression sur la volonté.

Mais la *violence morale* doit-être assimilée, en pareil cas à la *violence physique?* La loi française n'en parle pas; il est cependant de jurisprudence, comme nous le verrons plus loin, que la violence morale est suffisante pour constituer le crime ou le délit de viol ou d'attentat à la pudeur. Du reste, la pression exercée sur la volonté, sans violence physique, peut résulter de trois causes qui ne doivent pas être confondues.

[17] Depuis quelque années, du reste, il semble que, dans beaucoup de pays, l'instinct génésique cherche sa satisfaction dans des procédés contraires aux lois naturelles. Le débordement et le succès d'une littérature pornographique et particulièrement lubrique, paraissent indiquer que, dans la société actuelle, les inversions ou les anomalies de l'instinct sexuel traduisent la perturbation d'un système nerveux déséquilibré. Le caractère vraiment extraordinaire de ces faits, dans toutes les sociétés et à toutes les époques de l'histoire, attire, depuis quelques années du reste, l'attention des psychologues et des médecins. Pour quelques-uns, les sujets qui présentent de pareilles aberrations seraient des malades, des héréditaires, qui peuvent être victimes, ou d'une malformation congénitale, ou de certaines conditions sociales qui ont favorisé l'éclosion de ces passions contre nature ou enfin des malheureux ou des aliénés qu'il faut traiter. Voy. ci-dessus note 9.

a) La première se présente lorsque l'auteur de l'acte attentatoire à la pudeur a employé des *menaces* pour arriver à ses fin et obtenir le consentement de la victime. La plupart des Codes étrangers prévoient cette forme de violence et incriminent l'attentat à la pudeur commis à l'aide de menaces. Il en est particulièrement ainsi du Code pénal belge (art. 372, 373 et 375), du Code pénal espagnol (art. 453), du Code pénal hongrois (§ 232) du Code pénal autrichien (§ 125). Le Code pénal allemand exige que les menaces aient une certaine gravité, qu'elles fassent craindre un danger pour la vie ou la santé de la victime (§ 176). Le Code pénal italien (art. 331) met, sur la même ligne, la violence et la menace : « Quiconque, par *violences* ou *menaces*, contraint une personne de l'un ou de l'autre sexe à une conjonction charnelle... »

b) Le consentement de la victime de l'attentat à la pudeur peut être obtenu — c'est même une situation fréquente — au moyen de la *séduction* exercée sur sa personne.

L'ancien droit français [18] entendait par *stupre* une conjonc-

[18] Cfr. Jousse, *op. cit.*, t. III, p. 707 et suiv. Le séducteur qui avait promis mariage pouvait, dans certains cas, être sommé, devant la justice, de remplir ses engagements. Cette promesse était assimilée aux fiançailles : son inexécution donnait lieu à des dommages-intérêts. Comme il arrivait fréquemment que les filles spéculaient sur cet état de choses pour se procurer des partis avantageux, une déclaration du 22 novembre 1730 prononça l'abrogation expresse de cet usage, et décida qu'à l'avenir les personnes majeures ou mineures qui se trouveraient seulement coupables d'un commerce illicite seraient condamnées à telles peines qu'il appartiendrait suivant l'exigence des cas (art. 3). La jurisprudence moderne a retenu de ces traditions le droit pour la femme de réclamer, à son séducteur, une indemnité. L'obstacle à cette action, quand un enfant est né des relations, se trouve dans l'art. 340 du Code civil qui prohibe la recherche de la paternité. On ne se demande pas alors quel est le père de l'enfant, mais bien uniquement si des relations illicites se sont établies entre deux personnes et ont causé un préjudice à la femme. L'indemnité ne peut être réclamée que si la séduction a été accompagnée de moyens deshonnêtes, tels que promesse fallacieuse de mariage, abus d'autorité. L'action est basée, soit sur l'ensemble des conséquences qui résultent de la séduction, y compris les grossesses et la charge des enfants, Dijon, 27 mai 1892 (S. 92. 2. 197), soit sur le fait même de la séduction indépendamment de ses conséquences, Paris, 16 mars 1892 (D. 93. 2. 541, S. 94. 2. 30). Mais la jurisprudence accorde rarement une indemnité en se fondant exclusivement sur l'art. 1382 du Code civil *(dommage causé à*

tion illicite qui se faisait avec une fille vierge, ou avec une veuve sage et d'honnête condition, que l'on avait corrompue ou gagnée par présents, ou autrement. Le stupre était, ou volontaire et sans séduction, ou involontaire avec séduction ou violence. Dans le premier cas, il n'était pas punissable; mais, dans le second cas, on le punissait différemment, suivant les circonstances, et on le qualifiait de *rapt*. En général, la séduction se présumait toujours à l'égard des personnes mineures; et on appelait *rapt de séduction* l'union ou commerce charnel qui se faisait avec ces sortes de personnes. Mais, à l'égard des personnes majeures, cette séduction ne se présumait pas. S'il apparaissait, cependant, que les victimes avaient été subornées ou par violence ou par quelque voie illicite, dans ce cas on punissait ceux qui les avaient ainsi subornées, suivant les circonstantances tirées de la violence, ou de la qualité du suborneur[19].

Il ne reste rien de cette législation dans le Code pénal de 1810. La séduction n'est pas assimilée à la violence et rentre dans les manœuvres permises ou, du moins, tolérées par la loi pénale. Ne conviendrait-il pas cependant de voir un délit dans la séduction d'une fille de treize à vingt et un ans, lorsque cette séduction est accomplie à l'aide de manœuvres ou de promesses frauduleuses, et de relever les circonstances qui pourraient aggraver ce fait à raison de la qualité des inculpés?

Il est vrai que, d'après la jurisprudence civile, qui s'affirme dans de nombreux arrêts, la séduction peut donner ouverture à une action en dommages-intérêts, lorsqu'elle a été précédée de manœuvres frauduleuses, résultant surtout d'une promesse de mariage antérieure aux relations illégitimes qui se sont établies entre le séducteur et sa victime, et dont cette promesse a été la cause déterminante[20]. Mais cette sanction seule est in-

autrui par un fait illicite). Presque toujours la femme s'appuie sur un engagement pris par l'amant de pourvoir aux besoins de l'enfant. Depuis 1862, la jurisprudence a toujours validé les engagements de ce genre : elle y a vu la promesse de réparer le préjudice causé par le délit civil de séduction. Comp. PLANIOL, *Traité élémentaire du droit civil*, t. I, nos 2273 et 2276.

[19] Voy. FOURNEL *Traité de la séduction* (Paris, 1781).

[20] Voy. note 18. Sur la prohibition de la recherche de la paternité (C. civ.,

suffisante. Il y a, dans ces manœuvres, une véritable escroquerie de l'honneur d'une femme, et on ne comprend pas que l'honneur ne soit pas protégé comme l'argent, contre le mensonge appuyé d'une mise en scène de nature à donner crédit aux promesses fallacieuses du séducteur.

c) L'auteur de l'attentat peut abuser, pour satisfaire sa passion, d'une situation qui prive sa victime de la disposition consciente et libre de sa personne. Bien que le Code pénal français, à la différence d'un grand nombre de Codes étrangers [21], ne se soit pas formellement expliqué sur ce point, il est aujourd'hui admis par la jurisprudence française, que celui qui abuse d'une personne se trouvant dans un état tel qu'elle n'a eu ni la volonté ni la conscience de résister, commet, suivant les cas, un viol ou un attentat à la pudeur avec violence [22].

1804. Le Code pénal de 1810 ne punissait l'attentat à la pudeur que lorsqu'il était accompagné de violence. Ainsi, lorsqu'un enfant n'avait opposé aucune résistance aux moyens employés pour le séduire, ou lorsqu'un consentement avait été obtenu de sa faiblesse ou de son ignorance, le fait demeurait sans répression. La loi du 28 avril 1832 introduisit, dans notre législation, une appréciation plus exacte des faits. Elle fixa un âge au-dessous duquel la violence est toujours et nécessairement présumée, par la raison que l'enfant n'a pas encore le discernement nécessaire pour donner un consentement libre et va-

art. 340) et la discussion de cette question, voy. les indications bibliographiques dans P. Viollet, *Histoire du droit civil français*, 2e éd., 1893, p. 478.

[21] Voy. par exemple : Code pénal belge (art. 375), Code pénal hollandais (§ 247), Code pénal allemand (§ 176, n° 2), Code pénal italien (art. 331, *in fine*).

[22] Le Code hongrois considère comme un délit le fait d'un individu d'avoir abusé d'une femme en se faisant passer pour son mari, et punit de trois ans de réclusion, ce fait auquel on a tant hésité, chez nous, ainsi que nous le verrons plus loin, à appliquer les peines du viol et de l'attentat violent à la pudeur. La plupart des Codes récemment édictés ont une disposition formelle en ce sens. Voy. par exemple : Code pénal allemand (§ 176-2°); Code pénal autrichien (§ 19); Code pénal belge (art. 375); Code pénal espagnol (art. 453).

able. Cet âge était celui de *onze ans* révolus. La loi du 13 mai 1863, qui nous régit aujourd'hui, a apporté une double modification à ce système législatif. D'une part, la limite d'âge a été fixée à *treize ans* révolus. D'autre part, cette limite a même été reculée jusqu'à la majorité de l'enfant ou son émancipation par le mariage, lorsque le coupable est un de ses *ascendants*.

Quant à l'attentat à la pudeur avec violence et au viol, ces deux crimes puisent une aggravation dans l'*âge* de la victime et dans la *qualité* de l'agent. Si le crime a été commis sur un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans accomplis, la peine de l'attentat à la pudeur avec violence est celle des travaux forcés à temps; la peine du viol est le maximum des travaux forcés à temps, c'est-à-dire vingt ans.

Dans les grandes lignes, c'est bien là le système général des législations européennes. Elles sont, il est vrai, en désaccord sur la limite d'âge, mais c'est là un désaccord nécessaire, car le développement physique et moral de l'enfant, variant suivant les races et les climats, nous devons trouver, dans chaque pays, une présomption différente. En Belgique, par exemple, la loi établit une double limite. Jusqu'à onze ans révolus, l'attentat à la pudeur sans violence est puni de la réclusion. De onze à quatorze ans, l'âge de la victime devient une circonstance aggravante du viol ou de l'attentat à la pudeur avec violence. Dans les Pays-Bas, même système, avec cette différence, toutefois, que la limite est reculée : elle est, soit de douze ans, soit de seize ans, suivant les cas. Le Code pénal allemand s'est arrêté à l'âge de quatorze ans. Les pays, dans lesquels se fait sentir l'influence de la législation allemande, ont adopté la même limite d'âge. Il en est ainsi, par exemple, dans les Codes autrichien et hongrois. Le Code pénal italien fixe la limite d'âge à douze ans ; cette limite est même reculée jusqu'à quinze ans, si le coupable est l'ascendant, le tuteur ou l'instituteur de la victime. Jusqu'à ces dernières années, la législation anglaise ne punissait que les attentats à la pudeur commis sur des enfants âgés de douze ou, au plus, de treize ans (Stat. 38 et 39, Vict., chap. 94, art. 3 et 4, chap. 100, art. 52). D'après le statut 43 et 44, Vict., chap. 45, la circonstance qu'un enfant de l'un ou de l'autre sexe, âgé de

moins de treize ans, a donné son consentement ne peut être invoquée comme une excuse en matière d'attentat à la pudeur (*indecent assault*). Ces faits qui, dans le courant de 1885, ont vivement ému l'opinion publique en Angleterre [23], ont démontré l'insuffisance d'une législation qui, abstraction faite du viol, ne protège l'enfance que jusqu'à treize ans au plus. Une loi du 14 août 1885 (*Criminal Law amendement act*, 1886, Stat. 48 et 94, Vict., chap. 69) a reculé jusqu'à seize ans l'âge où une jeune fille peut être réputée consentante [24].

1805. Dans notre pays, les crimes de viol ou d'attentats à la pudeur sur enfants ont augmenté d'une façon continue jusqu'en 1876. Deux causes générales, ont, il est vrai, contribué, depuis 1863, à la progression menaçante de cette sorte de crimes : l'élévation de onze à treize ans de l'âge que doit avoir la victime, pour que l'attentat à la pudeur commis sans violence, soit punissable, et, d'autre part, la répression de l'attentat de même nature commis par un ascendant sur un mineur, même âgé de plus de treize ans et non émancipé par le mariage. Mais, tout en tenant compte de ce double modificateur législatif, la progression effrayante des crimes de cette espèce appelle, depuis la seconde moitié de ce siècle, l'attention publique.

En effet, de 1825 à 1838, on ne comptait, en France, que 0,66 attentats à la pudeur sur enfants pour 10,000 habitants; on en compte plus du double : 1,58 de 1839 à 1852; plus du quadruple : 2,61, de 1853 à 1866 ; et presque cinq fois plus, de 1867 à 1880. Si l'on considère le nombre absolu des accusations de viols et attentats à la pudeur sur enfants, par rapport au nombre total des accusations de crimes contre les personnes de 1825 à 1834 et de 1874 à 1880, on constate que, dans la première de ces périodes, les viols et attentats à la pudeur sur enfants ont figuré dans la proposition de 9 0/0, tandis que, dans la deuxième période, ils atteignent la proportion de 47 0/0. On trouve, en moyenne, 7,85 de ces crimes pour 10,000 ha-

[23] Voy. *suprà*, note 13.

[24] Pour plus de détails, *Annuaire de législation étrangère*, t. XV, p. 54, notice et traduction de la loi par M. Paul Fusier.

bitants[25]. Depuis 1876, qui marque le point culminant des accusations de cette espèce, le chiffre n'a cessé de s'abaisser, sauf des recrudescences accidentelles et passagères, notamment en 1892 et 1893.

1806. Les législations pénales prévoient et punissent le proxénétisme. Dans le sens le plus large du mot, on désigne par là le fait de faciliter ou de favoriser les passions d'autrui; dans un sens plus restreint, c'est le fait de favoriser, d'une manière habituelle et dans un but lucratif, la débauche d'autrui. Considéré dans les législations anciennes comme un acte de complicité et généralement frappé d'une peine plus grave que le délit principal[26], le proxénétisme est, aujourd'hui, regardé comme un délit *sui generis*, qui peut et doit être poursuivi indépendamment des faits de débauche qui en ont été les résultats. Mais deux systèmes principaux se partagent, en ce qui concerne la répression de ce fait, les législations européennes. Dans les pays latins (France, Italie, Belgique, Espagne[27]), le proxénétisme ne constitue un délit que lorsqu'il a pour victimes soit des mineurs, soit des personnes plus ou moins incapables de se défendre contre des actes d'excitation à la débauche. La loi, dans ce système, a plutôt pour but de défendre la jeunesse inexpérimentée contre les excitations à l'immoralité, que de punir l'immoralité des proxénètes et de protéger ainsi la décence publique elle-même. Le fait de favoriser ou de faciliter la corruption et la débauche des personnes majeures capables de se rendre compte de la portée de leurs actes et pouvant, par conséquent, agir en pleine conscience et en pleine liberté, ne saurait, dans ce système, constituer un délit. Toute autre est la notion du proxénétisme dans le Code pénal alle-

[25] On consultera, du reste, à ce sujet : R. Garraud et P. Bernard, *Des attentats à la pudeur et des viols sur les enfants (Archives de l'anthropologie criminelle*, 1886, p. 396 à 436), avec des tableaux et des graphiques.

[26] Voy. cependant : L. 4, § 2, *De his qui notantur;* et la Caroline, § CXXII et CXXIII.

[27] Code pénal italien de 1889 (art. 345 à 348); Code pénal espagnol de 1870 (art. 458); Code pénal belge de 1867 (art. 379 à 382). Même système dans le Code pénal des Pays-Bas (§ 258).

mand[28] : le proxénétisme constitue un véritable délit contre les mœurs et la moralité publique; et quels que puissent être l'âge, l'expérience ou la moralité antérieure des personnes dont l'inconduite a été facilitée, le fait de l'avoir favorisée tombe sous le coup de la loi pénale. Mais il importe, dans tous les cas, de ne pas confondre celui qui débauche une personne mineure pour satisfaire sa luxure et celui qui la débauche, dans un but lucratif, pour le compte d'autrui. Le premier est un vicieux que la loi ne peut atteindre que s'il emploie, dans le but de se procurer un plaisir sexuel, des manœuvres frauduleuses, ou s'il excite à la débauche. Le second est un intermédiaire de débauche dont le honteux commerce tombe sous le coup de la loi, dès qu'il procure ou tente de procurer un rapprochement génésique.

1807. Je dois dire enfin quelques mots de la *prostitution*. Le fait, de la part d'une femme, de faire métier de son corps et de vivre du produit de son inconduite, doit-il être considéré comme un délit, si, d'autre part, cette femme ne commet aucune autre infraction à la loi pénale? A première vue, la négative ne paraît pas douteuse : la faculté, de la part d'un individu, qui ne lèse directement ni les droits ni la liberté d'autrui, de faire ce qu'il veut de sa personne, semble incontestable : c'est à ce système que se rattache, notamment, le droit français. Ni le Code pénal de 1810 ni les lois qui l'ont complété ou modifié, n'ont considéré la prostitution comme un délit ou même comme une contravention de police : il est peu de pays, cependant, où la situation des prostituées soit plus réglementée et plus dépendante de l'administration qu'en France. Une pratique constante, admet que, dans notre pays, les femmes publiques sont

[28] Code pénal allemand (§ 180 et 181). Presque tous les Codes suisses suivent le système allemand. Les cantons de Genève (C. p., art. 213 à 215) et du Tessin étaient, il y a peu de temps encore, les seuls dont la législation, semblable à la législation française, ne punissait l'excitation à la débauche que lorsqu'elle s'adressait à des mineurs, avec aggravation de peine lorsque les victimes étaient âgées de moins de quatorze ans ou que l'auteur était une personne jouissant d'une autorité sur la victime. Une loi du 26 septembre 1888 a modifié cet état de choses dans le canton de Genève et a fait du proxénétisme un véritable délit.

hors du droit commun et soumises, de la manière la plus complète, à l'arbitraire des autorités de police, qui peuvent les arrêter et les retenir en prison selon leur caprice, sans avoir aucun compte à rendre de leurs actes à l'égard des personnes de cette catégorie. Que cette situation soit anormale, c'est ce que nous avons déjà dit ailleurs. Mais nous ne pouvons admettre que la prostitution puisse être considérée comme un délit : il en est ainsi cependant en Suisse. Mais, en Allemagne, la prostituée ne tombe sous le coup de la loi pénale que lorsqu'elle enfreint les règlements de police sur la matière. Tel est croyons-nous, le point de vue exact sous lequel il convient de considérer la prostitution. Le fait seul de se prostituer, fait qui ne nuit directement qu'à la personne même qui adopte ce genre de vie, ne doit pas constituer une infraction à la loi pénale : mais par suite des scandales qu'occasionne la prostitution, des dangers qu'elle peut présenter pour la santé publique, du milieu dans lequel vivent les prostitués et des rapports de la prostitution et du crime, il est indispensable que la police puisse exercer une surveillance et un contrôle incessants et sérieux sur les actes de cette population dangereuse et qu'elle soit armée de pouvoirs suffisants pour atteindre ce but. La loi pénale interviendra donc *indirectement* dans cette réglementation, en sanctionnant, par des peines qui seront, au besoin, très sévères, les contraventions aux dispositions réglementaires de la prostitution.

§ CV. — DE L'OUTRAGE PUBLIC A LA PUDEUR[1].

(C. p., art. 330).

1808. Modification apportée à l'article 330 du Code pénal par la loi du 13 mai 1863. — **1809**. Des trois éléments de l'outrage public à la pudeur. — **1810**. L'outrage à la pudeur résulte d'un fait matériel, acte, attitude ou geste. De l'outrage aux bonnes mœurs. Des actes impudiques ou obscènes. — **1811**. De la publicité du délit. Outrage commis dans un lieu public. Outrage commis publiquement dans un lieu privé. Outrage commis dans un lieu privé où se trouvent réunies plusieurs personnes. — **1812**. Elément intentionnel. L'ou-

§ CV. [1] BIBLIOGRAPHIE : Abel MAILLEFAUD, *De l'outrage public à la pudeur* (Thèse, Lyon, 1896).

trage public à la pudeur doit avoir été commis volontairement et sans nécessité pour être punissable.

1808. Le délit d'outrage à la pudeur est un concept moderne. Alors que l'impudicité était punie sous toutes les formes, la notion de pudeur n'avait pas besoin d'être protégée. C'est seulement à la fin du XVIIIe siècle que nous voyons apparaître l'outrage à la pudeur avec presque tous les caractères qu'il a conservé depuis : la loi distingue entre l'immoralité discrète et le cynisme qui s'affiche. L'article 330, qui punit, dans le Code pénal de 1810, l'outrage public à la pudeur, a été modifié. dans sa pénalité, par la loi du 13 mai 1863. En élevant à deux ans le maximum de la peine de l'emprisonnement, on n'a pas eu seulement pour but, à cette époque, de punir plus sévèrement ce délit; on a surtout voulu fournir au juge les moyens de marquer le coupable pour la récidive[2]. Aujourd'hui, le texte de l'article 330 est ainsi conçu : « *Toute personne qui aura commis un outrage public à la pudeur sera punie d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de seize francs à deux cents francs*[3]. »

1809. Les éléments constitutifs de l'outrage public à la pu-

[2] « L'article 330, disait le rapporteur de la commission du Corps législatif, limite à une année d'emprisonnement le maximum de la peine qu'il prononce. Cette limite rend impossible l'application des peines de la récidive à la réitération des outrages publics à la pudeur. Rien n'explique une disposition qui, sans intention peut-être, excepte d'une juste sévérité des faits dont il importe de prévenir le renouvellement et qui sont plus dangereux et plus punissables que la plupart de ceux auxquels les peines de la récidive sont applicables. » Cfr. BLANCHE, t. V, n° 74.

[3] L'article 8 du titre 2 de la loi des 19-22 juillet 1791 était ainsi conçu : « Ceux qui seraient prévenus d'avoir publiquement attenté aux mœurs, *par outrage à la pudeur des femmes*, par actions déshonnêtes, par exposition ou vente d'images obscènes ;..... » Si l'on compare cette disposition avec celle du Code pénal de 1810, on constate immédiatement deux différences. D'une part, le Code pénal de 1810 punit l'outrage qui est de nature à blesser la pudeur en général, et non pas seulement celui qui est de nature à blesser la pudeur des femmes; d'un autre côté, il ne punit que l'outrage par *acte* ou par *geste*, en un mot l'outrage direct, matériel, et non l'outrage par *exposition* ou *vente d'images obscènes*.

leur sont au nombre de trois. Il faut qu'un *fait matériel*, *contraire à la pudeur*, ait été *publiquement* commis, sans *nécessité* et *volontairement*. Cette forme d'incrimination est essentiellement liée à la *publicité* d'actes contraires à la pudeur, abstraction faite de leur rôle dans la satisfaction de l'instinct sexuel.

1810. I. L'outrage à la pudeur résulte d'un *fait matériel*, acte, attitude ou geste, de nature à offenser la pudeur d'autrui. Cette notion implique trois idées essentielles.

α Il est d'abord certain que des *paroles*, quelques grossières ou licencieuses qu'elles soient, des *peintures*, *gravures*, *dessins*, ou des *écrits* obscènes ne constitueraient pas l'*élément matériel* de l'outrage à la pudeur puni par l'article 330 du Code pénal. Mais ces faits pourraient être incriminés sous la qualification d'outrages aux bonnes mœurs [4].

L'*outrage aux bonnes mœurs*, par voie de *publications obscènes*, était puni, à l'origine, par l'article 287 du Code pénal, qui frappait d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 18 à 500 francs, *toute exposition* ou *distribution de chansons, pamphlets, figures ou images contraires aux bonnes*

[4] Ce point n'a jamais fait difficulté. Cfr. Blanche, t. V, n° 75, p. 69; Chavot, *op. cit.*, sur l'article 330, n° 5; Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1512. Les deux délits, l'outrage public à la pudeur et l'outrage aux bonnes mœurs, ont ceci de commun que le fait incriminé ne blesse pas la pudeur d'une personne déterminée, comme le viol et l'attentat à la pudeur, mais qu'ils constituent une atteinte à la décence publique, une atteinte aux mœurs de toute une catégorie de personnes, d'où la conséquence que la loi ne les réprime qu'autant qu'ils revêtent une certaine publicité. Il y a cependant entre ces deux délits une différence essentielle qui a partout motivé la création des deux types d'incrimination. L'outrage à la pudeur suppose qu'un individu accomplit des actes, exhibitions ou gestes obscènes, qui peuvent être aperçus de plusieurs personnes et blessent ainsi ouvertement leur pudeur. Dans l'outrage aux bonnes mœurs, l'auteur du délit n'apparaît pas de prime abord; ce qui outrage les mœurs du public, ce sont les imprimés, dessins ou gravures que l'on met sous ses yeux : c'est ici la publication et la propagation qui font le délit. C'est donc avec raison que la Chambre des députés, lors de la discussion de la loi du 5 août 1882, a repoussé le projet du gouvernement qui proposait d'assimiler purement et simplement les deux délits au point de vue de la répression, et cela par une simple addition à l'art. 330 du Code pénal. La distinction se retrouve dans toutes les législations.

mœurs[5]. Cette disposition ne prévoyait que quelques-unes des formes sous lesquelles le délit pouvait se produire; ce fut l'article 8 de la loi du 17 mai 1819 qui réprima l'outrage aux bonnes mœurs, commis à l'aide de l'un quelconque des moyens de publication énumérés dans l'article 1er de cette loi (*paroles, écrits, imprimés, dessins, emblèmes, placards*). Depuis cette époque, cette forme d'outrage à la morale publique est restée comprise dans le domaine des lois sur la presse. Conformément à cette tradition, la loi du 29 juillet 1881 continue à incriminer les outrages aux bonnes mœurs, mais en faisant une distinction entre ceux qui sont commis par dessins, gravures, peintures, emblèmes ou images, et ceux commis à l'aide de tous autres moyens de publication : les premiers, déférés à la cour d'assises, et admis à bénéficier de toutes les règles spéciales établies par la loi sur la presse; les seconds, déférés aux tribunaux correctionnels, et pour lesquels la saisie préventive du corps de délit peut intervenir (L. 29 juillet 1881, art. 28, §§ 2 et 4). Mais pour remédier à l'insuffisance de ces dispositions, une loi du 2 août 1882, modifiée et complétée par la loi des 16-18 mars 1898, a fait rentrer dans le droit commun les outrages aux bonnes mœurs commis à l'aide de *tout moyen de publication autre que le livre ou la parole*. Aujourd'hui donc, il faut distinguer trois catégories de délits se rapportant à la protection des bonnes mœurs.

1° Les outrages à la pudeur, réprimés par l'article 330 du Code pénal. — Le délit suppose des *actes* ou des *gestes* impudiques ou obscènes.

2° Les outrages aux bonnes mœurs, réprimés par la loi des 16-18 mars 1898. — Le délit consiste dans des publications obscènes par voie d'*écrits*, d'*imprimés autres que le livre*, d'*affi-*

[5] L'article 288 du Code pénal décidait que les peines d'emprisonnement et d'amende prononcées par l'article 287 seraient réduites à des peines de simple police : 1° à l'égard des crieurs, vendeurs ou distributeurs qui auraient fait connaître la personne qui leur aurait remis l'objet du délit ; 2° à l'égard même de l'imprimeur ou du graveur qui aurait fait connaître l'auteur ou la personne qui les aurait chargés de l'impression ou de la gravure. Cette disposition est, aujourd'hui, remplacée par l'article 22 de la loi du 29 juillet 1881 et par l'article 2 de la loi du 2 août 1882.

deur sont au nombre de trois. Il faut qu'un *fait matériel*, *contraire à la pudeur*, ait été *publiquement* commis, sans *nécessité* et *volontairement*. Cette forme d'incrimination est essentiellement liée à la *publicité* d'actes contraires à la pudeur, abstraction faite de leur rôle dans la satisfaction de l'instinct sexuel.

1810. I. L'outrage à la pudeur résulte d'un *fait matériel*, acte, attitude ou geste, de nature à offenser la pudeur d'autrui. Cette notion implique trois idées essentielles.

a) Il est d'abord certain que des *paroles*, quelques grossières ou licencieuses qu'elles soient, des *peintures*, *gravures*, *dessins*, ou des *écrits* obscènes ne constitueraient pas l'*élément matériel* de l'outrage à la pudeur puni par l'article 330 du Code pénal. Mais ces faits pourraient être incriminés sous la qualification d'outrages aux bonnes mœurs [4].

L'*outrage aux bonnes mœurs*, par voie de *publications obscènes*, était puni, à l'origine, par l'article 287 du Code pénal, qui frappait d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 18 à 500 francs, *toute exposition* ou *distribution de chansons, pamphlets, figures ou images contraires aux bonnes*

[4] Ce point n'a jamais fait difficulté. Cfr. BLANCHE, t. V, n° 75, p. 69; CARNOT, *op. cit.*, sur l'article 330, n° 5; CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, n° 1512. Les deux délits, l'outrage public à la pudeur et l'outrage aux bonnes mœurs, ont ceci de commun que le fait incriminé ne blesse pas la pudeur d'une personne déterminée, comme le viol et l'attentat à la pudeur, mais qu'ils constituent une atteinte à la décence publique, une atteinte aux mœurs de toute une catégorie de personnes, d'où la conséquence que la loi ne les réprime qu'autant qu'ils revêtent une certaine publicité. Il y a cependant entre ces deux délits une différence essentielle qui a partout motivé la création des deux types d'incrimination. L'outrage à la pudeur suppose qu'un individu accomplit des actes, exhibitions ou gestes obscènes, qui peuvent être aperçus de plusieurs personnes et blessent ainsi ouvertement leur pudeur. Dans l'outrage aux bonnes mœurs, l'auteur du délit n'apparaît pas de prime abord; ce qui outrage les mœurs du public, ce sont les imprimés, dessins ou gravures que l'on met sous ses yeux : c'est ici la publication et la propagation qui font le délit. C'est donc avec raison que la Chambre des députés, lors de la discussion de la loi du 5 août 1882, a repoussé le projet du gouvernement qui proposait d'assimiler purement et simplement les deux délits au point de vue de la poursuite et de la répression, et cela par une simple addition à l'art. 330 du Code pénal. La distinction se retrouve dans toutes les législations.

mœurs[1]. Cette disposition ne prévoyait que quelques-unes des formes sous lesquelles le délit pouvait se produire; ce fut l'article 8 de la loi du 17 mai 1819 qui réprima l'outrage aux bonnes mœurs, commis à l'aide de l'un quelconque des moyens de publication énumérés dans l'article 1er de cette loi (*paroles, écrits, imprimés, dessins, emblèmes, placards*). Depuis cette époque, cette forme d'outrage à la morale publique est restée comprise dans le domaine des lois sur la presse. Conformément à cette tradition, la loi du 29 juillet 1881 continue à incriminer les outrages aux bonnes mœurs, mais en faisant une distinction entre ceux qui sont commis par dessins, gravures, peintures, emblèmes ou images, et ceux commis à l'aide de tous autres moyens de publication : les premiers, déférés à la cour d'assises, et admis à bénéficier de toutes les règles spéciales établies par la loi sur la presse; les seconds, déférés aux tribunaux correctionnels, et pour lesquels la saisie préventive du corps de délit peut intervenir (L. 29 juillet 1881, art. 28, §§ 2 et 4). Mais pour remédier à l'insuffisance de ces dispositions, une loi du 2 août 1882, modifiée et complétée par la loi des 16-18 mars 1898, a fait rentrer dans le droit commun les outrages aux bonnes mœurs commis à l'aide de *tout moyen de publication autre que le livre ou la parole*. Aujourd'hui donc, il faut distinguer trois catégories de délits se rapportant à la protection des bonnes mœurs.

1° Les outrages à la pudeur, réprimés par l'article 330 du Code pénal. — Le délit suppose des *actes* ou des *gestes* impudiques ou obscènes.

2° Les outrages aux bonnes mœurs, réprimés par la loi des 16-18 mars 1898. — Le délit consiste dans des publications obscènes par voie d'*écrits*, d'*imprimés autres que le livre*, d'*affi-*

[1] L'article 288 du Code pénal décidait que les peines d'emprisonnement et d'amende prononcées par l'article 287 seraient réduites à des peines de simple police : 1° à l'égard des crieurs, vendeurs ou distributeurs qui auraient fait connaître la personne qui leur aurait remis l'objet du délit ; 2° à l'égard même de l'imprimeur ou du graveur qui aurait fait connaître l'auteur ou la personne qui les aurait chargés de l'impression ou de la gravure. Cette disposition est, aujourd'hui, remplacée par l'article 22 de la loi du 29 juillet 1881 et par l'article 2 de la loi du 2 août 1882.

considéré comme constitutifs du délit prévu par l'article 330 [11]. Cette condition est nécessaire pour que le contrôle de la Cour de cassation puisse s'exercer. Tout jugement de condamnation qui n'en tiendrait pas compte serait irrégulièrement motivé.

1811. II. La *publicité* est, en effet, l'élément essentiel du délit prévu par l'article 330. Aussi les juges, doivent-ils, à peine de nullité de la condamnation qu'ils prononcent : 1° constater, d'une manière claire et précise, que l'acte incriminé a été accompli *publiquement* ; 2° et préciser, dans les motifs de leurs décisions, les *circonstances* d'où résulte, à leurs yeux, cet élément du délit [12].

Mais quel est le caractère de la publicité requise? La disposition de l'article 330 est générale : « elle se réfère conséquemment à tous les genres de publicité que l'outrage à la pudeur est susceptible d'avoir, soit par le lieu où il a été commis, soit par les autres circonstances dont il est accompagné [13]. »

En un mot, il faut mais il suffit qu'il y ait eu possibilité que le public fût offensé par le spectacle de l'acte immoral ou obscène, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si, en fait, il y a eu ou non des témoins de cet acte, et si cette publicité a été ou non voulue par le délinquant. Pour que l'*outrage public à la pudeur* ou, pour mieux dire, l'*outrage à la pudeur publique* existe, il faut s'attacher, en effet, à l'*éventualité* d'un scandale, d'une offense à la pudeur de tous et non à la publicité effective de l'acte. Il suffit que le coupable se soit exposé, dans un lieu public ou privé, aux regards d'autrui, par sa volonté ou sa négligence, en accomplissant une action immorale ou obscène. Ainsi, il importe peu que le délit ait été commis, la nuit, sur une voie publique écartée, par des individus qui cherchaient

[11] *Sic*, Cass., 22 août 1879 (*B. cr.*, n° 165); 31 janv. 1891 (D. 92. 1. 176).

[12] Voy. particulièrement sur tous ces points : Cass., 10 août 1864 (D. 54. 1. 300); 3 mars 1864 (D. 65. 5. 27); 28 sept. 1871 (D. 71. 5. 33); 24 nov. 1877 (*B. cr.*, n° 245); 22 août 1879 (S. 79. 1. 485); 6 nov. 1884 (*B. cr.*, n° 291).

[13] Ce sont les termes d'un arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 1859, (D. 59. 1. 239), qui résument fort exactement la portée, à ce point de vue, de l'article 330. Cfr. Blanche, t. V, n° 77; Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1515; Ortolan, *op. cit.*, t. I, n° 860.

à se cacher, puisqu'à raison du lieu, quelqu'un du public pouvait passer; qu'il ait été commis dans un lieu privé, si, dans ce lieu, à raison de la situation et de l'absence de précautions prises par le délinquant, l'acte immoral ou obscène a pu être aperçu de quelqu'un. D'où nous pouvons conclure, en résumant l'état de la doctrine et de la jurisprudence sur ce point, que la publicité existe : 1° toutes les fois que l'outrage est commis dans un lieu public; 2° ou bien que, commis dans un lieu privé, il a pu être aperçu du public. C'est entre ces deux limites que se renferme la répression de l'outrage à la pudeur. Il importe donc de distinguer « l'outrage commis *dans un lieu public*, » de « l'outrage commis *publiquement dans un lieu privé*[14]. »

a) La publicité existe tout d'abord dans le cas où l'acte obscène a été commis dans un lieu public. Par cela même qu'il est accompli dans un tel lieu, l'outrage à la pudeur tombe sous le coup de la loi, alors même qu'il n'aurait été vu par personne. Il importe donc de déterminer ce qu'on doit entendre par lieux publics. Chassan, qui nous a laissé, sur la presse, un traité magistral[15], définit les lieux publics ceux qui sont ouverts ou accessibles à tout le monde, soit gratuitement, soit moyennant rétribution ou certaines conditions d'admissibilité : il les divise en trois classes, distinguant : 1° les lieux publics par leur nature; 2° les lieux publics par destination; 3° les lieux publics par accident. Cette distinction est devenue classique, et nous hésitons d'autant moins à la reproduire qu'on la retrouve dans certaines décisions de la jurisprudence[16].

Les lieux *publics par leur nature* sont ceux qui, d'une façon permanente et absolue, sont accessibles au public : tels sont les chemins publics, les rues, les places, les promenades publiques. L'outrage à la pudeur commis en un lieu de cette espèce, même la nuit, même à un moment où ce lieu est désert, tombe, sans difficulté, sous le coup de l'article 330. Il faut qu'on puisse circuler ou stationner en tout temps dans un

[14] Sur ce point, Ortolan, *op. cit.*, t. I, n° 860.

[15] *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 2e édition, 1846 (t. I, p. 47).

[16] Voyez par exemple, Cass., 4 mai 1883 (D. 83. 1. 482).

lieu public sans être exposé à voir une scène d'obscénité[17].

Les lieux *publics par destination* sont ceux-là seulement où toute personne peut être appelée ou au moins admise à pénétrer et à séjourner librement, soit d'une manière absolue, soit en remplissant certaines conditions générales d'admissibilité : tels sont les théâtres, églises, écoles, cafés, auberges, salles d'audience des tribunaux, bureaux d'enregistrement, de préfecture, de mairie, etc. A la différence des lieux publics par leur nature, dont la publicité est absolue et de tous les instants, les lieux publics par destination cessent nécessairement d'avoir ce caractère dans les moments où ils ne sont pas ouverts au public[18]. L'outrage à la pudeur qui s'y commet a ou n'a pas de publicité suivant que ce lieu était ouvert ou fermé, suivant que l'acte obscène a été ou a pu être vu.

A la différence des lieux publics par leur nature ou leur destination, dont le caractère public résulte du lieu même, les lieux *publics par accident* sont des lieux privés qui ne prennent leur caractère de publicité qu'à raison de la présence plus ou moins accidentelle d'un public. Il en est ainsi des boutiques et magasins, des hôpitaux, des prisons, des cercles, des voitures publiques, des voitures privées, circulant sur la voie publique, des wagons de chemin de fer, circulant sur une ligne. Au point de vue de l'outrage à la pudeur, on doit les assimiler à des lieux privés proprement dits, et s'attacher, pour déterminer si l'acte obscène a été oui ou non commis publiquement, aux circonstances particulières qui l'ont accompagné. Toutefois, la différence entre les lieux publics par accident et les lieux privés, entre un

[17] Cass., 16 mars 1823 : « Que la circonstance que cet acte effronté avait eu lieu la nuit n'en détruisait pas la publicité puisque le passage et la circulation des rues sont de droit et souvent d'usage la nuit comme le jour. » Cass., 16 janv. 1862 (S. 62. 1. 762); Grenoble 3 déc. 1884 (*Gaz. Pal.*, 85. 1. 466); Voy. Blanche, t. V, n° 78, Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1517.

[18] Ainsi, il a été jugé que l'outrage à la pudeur d'une de ses élèves, commis par un instituteur primaire, dans la salle d'école communale, manque de publicité, si le fait a eu lieu après l'heure de la classe, en l'absence de tout témoin, et avec des précautions propres à empêcher qu'il fût aperçu, l'école perdant le caractère de publicité dès l'instant que les élèves n'y sont plus admis : Cass., 1er mai 1863 (D. 64. 1. 147).

hôpital et une maison particulière, par exemple, c'est que l'accès du public étant plus facile dans les premiers que dans les seconds, la négligence du prévenu qui ne prend pas de précautions pour se soustraire au regard sera plus immédiatement établie[19].

[19] Tel paraît bien être le sentiment de la jurisprudence. — Ainsi un hôpital n'est pas un lieu public dans le sens absolu du mot, puisque toute personne ne peut y pénétrer librement : on doit cependant le considérer comme tel à l'égard des malades et des employés qui s'y trouvent. Alger, 25 avril 1879 (D. J. G., supplément, v° *Attentat aux mœurs*, n° 16). — Il a été jugé également que les outrages aux mœurs, quoique commis à l'intérieur d'une prison, doivent être considérés comme ayant été accomplis publiquement, lorsqu'ils ont été commis dans des circonstances qui permettaient à des détenus ou à des employés de l'établissement d'en être les témoins. Tribunal correctionnel d'Auch, 19 juin 1868 (D. 68. 3. 76). — Pour les boutiques et magasins, voy. : Cass., 23 décembre 1858 (D. 59. 1. 239); 11 novembre 1869 (D. 70. 5. 30). — La question de savoir si les voitures sont des lieux publics ou privés a donné lieu à quelques difficultés. 1° Tout d'abord, faut-il considérer les *voitures publiques* comme des lieux publics d'une manière absolue, de telle sorte que les actes immoraux qui s'y commettent soient, *ipso facto*, réputés publics? Nous ne le croyons pas. Les voitures, bien que accessibles au public, bien que circulant sur la voie publique, n'ont le caractère de lieux publics, que lorsqu'elles contiennent des voyageurs. Cfr. Cass., 21 novembre 1879 (D. J. G., supplément, v° *Attentat aux mœurs*, n° 18). Mais en ce sens contraire : MAILLEFAUD, *op. cit.*, p. 50. 2° Une difficulté analogue s'est produite pour le cas où l'outrage public à la pudeur aurait été commis dans une *voiture privée*, alors que cette voiture circulait sur la voie publique. Faut-il voir, dans cette circonstance seule, un élément de publicité de l'outrage? La jurisprudence paraît être divisée : Paris, 18 juin 1858 (D. 58. 5. 26); Cass., 26 mai 1853 (D. 53. 5. 31). Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation considère cette voiture comme un lieu privé, puisqu'elle s'attache, pour déterminer la publicité, à la circonstance que les actes délictueux ont pu ou non être aperçus du public. 3° *Quid* des actes d'immoralité commis dans un *wagon de chemin de fer* en circulation sur une ligne? Si ces actes ont eu lieu en présence d'autres voyageurs, pas de difficulté : mais, en l'absence de tout témoin, l'outrage pourra-t-il également être considéré comme public? Si l'acte a été commis dans une station et pendant l'arrêt du train, la publicité est certaine, car le wagon est exposé aux regards du public. Le doute ne commence que lorsque le train est en marche. V. Cass., 19 août 1869 (D. 70. 1. 96). Aujourd'hui, du reste, les wagons étant disposés de telle façon que les regards des voyageurs doivent pouvoir pénétrer dans les compartiments voisins, les wagons sont bien des lieux publics.

b) Car, ainsi que nous l'avons déjà dit, la *publicité du lieu* où l'outrage aux mœurs est commis n'est pas une condition essentielle à l'existence du délit. La *publicité du délit* même se rencontre, en effet, toutes les fois que l'acte, bien que commis dans un lieu privé, un appartement, une propriété, a pu être aperçu du public[20]. Deux situations peuvent encore se présenter : ou bien l'outrage, commis dans un lieu privé, l'a été devant des témoins; ou bien il a été simplement aperçu ou pu être aperçu et, dans ce dernier cas, n'a été révélé que par le hasard ou les indiscrétions de l'auteur ou des auteurs.

1° La seconde situation est la plus simple. La jurisprudence, dont l'évolution semble définitivement accomplie, fait une distinction entre le cas où il y a eu, de la part du prévenu, absence de précaution contre la publicité de l'outrage à la pudeur, et le cas, bien différent, où le prévenu s'est entouré de toutes les précautions possibles pour qu'on ne pût l'apercevoir dans la perpétration de l'acte qui lui est reproché.

La première hypothèse est, en quelque sorte, la situation normale. De l'ensemble des décisions rendues en matière d'outrage public à la pudeur, il résulte, en effet, que la publicité existe toutes les fois que l'acte immoral ou obscène, bien que commis dans un endroit privé, *a été* ou *a pu*, à raison de la disposition des lieux ou des circonstances, *être aperçu du public*. Il impor-

[20] Il est facile de comprendre, par ces explications, la portée pratique de la distinction que nous faisons entre les lieux publics et les lieux privés, au point de vue de l'outrage à la pudeur. L'acte immoral ou obscène, commis dans un lieu public, constitue *ipso facto* un outrage public à la pudeur, alors même qu'il serait prouvé, par l'ensemble des circonstances, que les coupables ont pris toutes les précautions possibles pour s'isoler et se dérober à tous les regards. Tandis que la prévention doit démontrer, quand l'outrage a été commis dans un lieu privé, qu'il a pu devenir public, soit à raison de la disposition du lieu, soit par suite de l'insuffisance des précautions prises par les coupables. On se reportera, pour les applications, aux décisions suivantes : Cass., 5 février 1863 (D. 64. 1. 324) : il s'agissait d'un acte obscène commis dans un jardin voisin d'un chemin public et exposé aux regards du public; Angers, 17 juin 1878 (D. J. G., supplément, v° *Attentat*, n° 26) : il s'agissait d'un acte accompli dans un champ, mais voisin d'un chemin ; — Cass., 28 avril 1881 (D. 81. 1. 447).

terait peu d'ailleurs que l'auteur de cet acte eût pris certaines précautions pour le dissimuler au regard du public, si ces précautions se sont trouvées insuffisantes, sans que l'état des lieux ait été, du reste, modifié par quelqu'un du public[21].

Mais lorsque le prévenu prend les précautions nécessaires pour que l'acte immoral ou obscène ne soit aperçu de personne, lorsque cet acte n'a de témoins que par des accidents ou des indiscrétions dont le prévenu ne saurait être rendu responsable, le délit manque de cet élément essentiel, qui est le seul motif de la répression, la publicité[22].

2° La première situation est plus complexe : elle se présente quand l'outrage à la pudeur est commis dans un lieu privé, placé à l'abri des regards, mais où se trouvent réunies plusieurs personnes qui ont vu ou qui ont pu voir l'acte immoral ou obscène. Pour

[21] *Sic*, Cass., 18 mars 1858 (S. 58. 1. 561) : « Attendu que l'arrêt attaqué constate, à la vérité, que les prévenus avaient pris certaines précautions contre la publicité, mais qu'il constate en même temps que, relativement à des individus qui étaient sur la voie publique, ces précautions se sont trouvées illusoires, sans que le public ait, d'ailleurs, apporté aucun changement aux dispositions prises par les prévenus ; que s'il résulte de là que la publicité a été plus restreinte qu'elle n'aurait été autrement, elle n'en reste pas moins constante et imputable aux prévenus à raison de l'insuffisance des précautions par eux prises, et eu égard à la situation des lieux par rapport à la voie publique... ». Cfr. Cass., 10 août 1854 (D. 54. 1. 300) ; 28 avril 1881 (D. 81. 1. 447) ; 4 mars 1880 (D. 81. 1. 433 ; S. 81. 1. 44), et le rapport de M. le conseiller Dupré-Lasalle dans S. 81. 1. 389.

[22] *Sic*, Blanche, t. V, n° 82 et les arrêts cités par cet auteur. *Adde*, Poitiers, 20 novembre 1862 (D. 63. 2. 61) ; Rouen, 25 juillet 1862 (D. 63. 2. 61). On verra par ces arrêts combien les magistrats se montrent rigoureux lorsqu'il s'agit de déterminer si les précautions nécessaires ont été ou non prises. Mais, ceci admis, la jurisprudence est assez ferme pour écarter le délit toutes les fois que l'acte observé n'a eu de témoins que par suite d'une *curiosité malsaine*. Voy. Maillefaud, *op. cit.*, p. 115 à 119. Ou bien les témoins de ce genre n'ont obéi, en recherchant ce spectacle, qu'à un sentiment de lubricité, et la loi n'a pas à protéger la pudeur d'individus qui recherchent eux-mêmes des sensations malsaines ; ou bien les témoins sont de simples curieux ayant voulu, par une indiscrétion de mauvais aloi, savoir ce qui se passait chez les autres, et ce serait faire peser sur l'auteur de l'acte obscène un délit qui n'aurait d'autre source que la curiosité des témoins. Voy. Cass. 5 juin 1874, *B. cr.*, n° 158 ; Lyon 18 juillet 1883, *Gaz. Pal*, 84. 1. 5.

résoudre la question de savoir s'il y a publicité dans ce cas, des distinctions sont nécessaires. Il nous paraît d'abord évident que l'assistance d'un certain nombre de personnes aux actes immoraux ou obscènes ne suffirait pas pour caractériser la publicité, si ces personnes y avaient elles-mêmes volontairement participé[23]. Comment soutenir, en effet, dans ce cas, que la pudeur des personnes, qui consentent non seulement à être témoins de ces actes mais encore à y participer, ait pu être outragée? La loi ne réprime pas le vice, elle se borne à faire la police morale de la rue. Ce qui motive son intervention, c'est exclusivement le scandale public, l'outrage à la pudeur publique. Mais quand plusieurs personnes, se trouvant volontairement ou par hasard réunies dans un endroit privé, sans avoir pour but de se livrer ensemble à des actes de débauche, ont pu voir ou même percevoir[24]

[23] Ainsi, des actes de débauche accomplis, dans un lieu privé, par une femme avec cinq jeunes gens, successivement acteurs et témoins de ces actes, ont été, avec raison, considérés comme n'étant pas publics et ne tombant pas sous l'application de l'article 330 : Grenoble, 8 août 1855 (D. 56. 2. 277). Le fait de se livrer, dans une chambre close, à des actes obscènes, en présence de deux enfants, n'est pas non plus constitutif de l'outrage public à la pudeur, lorsque ces enfants ont été successivement acteurs et spectateurs complaisants de ces actes; et il en est ainsi, alors même que ces témoins sont des mineures de seize ans, cette circonstance n'étant pas, par elle-même, exclusive du consentement donné à la perpétration des actes obscènes : Paris, 1er mars 1888 (D. 89. 2. 16). Cfr. dans le même sens, mais moins précis : Cass., 8 novembre 1872 (D. 73. 1. 176). Voy. Blanche, t. V, n° 82.

[24] Il peut arriver, en effet, qu'à raison de l'obscurité, les témoins, sans avoir vu les actes obscènes, aient pu cependant s'en rendre compte. Cela suffira, pour constituer la publicité, qui n'est pas limitée à la perception oculaire. *Sic*, Cass., 4 août 1877 (D. 78. 1. 287). Cet arrêt, qui marque, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, le dernier terme de l'évolution en matière de publicité, a été rendu contrairement aux conclusions de M. l'avocat général Lacointa. Il décide d'abord que des actes de débauche commis successivement sur deux femmes qui se trouvaient ensemble, même la nuit et dans un lieu privé, constituent le délit d'outrage à la pudeur, par cela seul que les actes, accomplis à l'égard de chacune des deux femmes, ont eu l'autre pour témoin. D'un autre côté, comme en raison de l'heure et des circonstances où avaient été commis les attouchements obscènes reprochés au prévenu, chacune des femmes, successivement victimes de ces attouche-

les actes d'immoralité accomplis en leur présence, l'outrage à la pudeur publique est certainement constitué. Le nombre des témoins est, d'ailleurs, en pareil cas, une circonstance indifférente, et l'acte contraire à la pudeur serait public, alors même qu'il aurait été accompli devant un seul témoin[25].

1812. III. L'élément intentionnel, nécessaire pour qu'il y ait outrage, consiste dans la *conscience* d'offenser la pudeur publique, abstraction faite de toute intention de rendre public cet outrage. En un mot, cette condition résulte suffisamment de ce que le prévenu s'est, *volontairement* et *sans nécessité*, exposé à être vu dans une situation immorale ou obscène, sans qu'il se soit proposé, d'ailleurs, de braver directement le sentiment public[26]. Dans l'examen de cet élément du délit, y a-t-il lieu de tenir compte d'une distinction entre les actes qui, à raison de leur nature, emporteraient, par le seul fait de leur existence matérielle, la preuve de l'intention impudique de leur auteur, et ceux qui, ne blessant pas, par eux-mêmes, l'honnêteté et la décence publiques, ne deviendraient répréhensibles que « lorsque l'agent, par le mode et les circonstances de leur perpétration et surtout par l'intention qui le dirige[27] », en aurait fait un sujet de scandale? Nous ne le croyons pas, car ce serait introduire, dans la répression de l'outrage à la pudeur publique, une distinction absolument étrangère à la loi française. Ce qui caractérise le délit,

ments, n'avait pu les voir, une difficulté spéciale se posait. La Cour admet que la publicité du délit d'outrage à la pudeur existe par cela seul que le témoin a eu connaissance suffisante des actes commis en sa présence. A ce dernier point de vue, la Cour de cassation a persisté dans sa jurisprudence par un arrêt du 15 mai 1879 (D. 79. 5. 30). Voy. également Trib. corr. Seine du 12 nov. 1888 (*Journ. du minist. publ.*, 1887, p. 559). On trouvera, examinée dans la thèse de M. Maillefaud, *op. cit.*, p. 59, la question de savoir si la publicité peut résulter de la perception de l'outrage par un autre sens que celui de la vue.

[25] Cfr. l'arrêt du 15 mai 1879, précité, et Limoges, 1er février 1887 (D. 90. 2. 24). Mais voyez cependant : Cass., 23 avril 1869 (D. 69. 1. 305) et 8 novembre 1873 (D. 73. 1. 176).

[26] Cass., 3 mars 1898 (D. 99. 1. 59). Sous un arrêt de la Cour de Douai, du 10 juillet 1895, dans *Pand. franç.*, 96. 2. 129, on lira une note très intéressante et très complète de notre collègue Chauveau.

[27] Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1514.

c'est ce seul fait qu'un outrage à la pudeur a été volontairement commis en public. Le mobile qui a déterminé le coupable importe peu; le but qu'il a poursuivi est également indifférent, car, la plupart du temps, pour ne pas dire toujours, ce n'est certes pas pour offenser la pudeur publique que le délinquant s'est livré aux actes qui lui sont reprochés, c'est pour satisfaire ses passions, exciter sa propre lubricité ou celle des autres. Probablement aussi, n'a-t-il pas *voulu* la publicité qui est l'élément essentiel de la prévention? Bien au contraire, il se sera caché, il aura recherché l'ombre et le mystère. De sorte que si l'on subordonnait la répression des actes immoraux ou obscènes à la preuve qu'ils ont été commis dans l'intention même de blesser la pudeur publique, on effacerait, en quelque sorte, l'outrage public à la pudeur du catalogue des délits [28]. Il faut conclure de ces observations que la *faute intentionnelle*, punissable dans cette forme d'incrimination, résulte suffisamment de ce *mépris de la pudeur publique* que mani-

[28] Il a été jugé, il est vrai, que le fait d'un individu de s'être baigné sans caleçon dans une rivière, avait pu, en l'absence de preuve d'une intention de braver ou d'offenser la pudeur publique, être considéré comme échappant à la répression (Cass., 6 oct. 1870, S. 70. 1. 438; D. 70. 1. 433). Mais il ne faut pas voir dans cet arrêt, qui est resté isolé, la condamnation de la théorie que nous croyons exacte. On lira sur cette hypothèse dissertation au *Journ. minis. pub.*, 1873, p. 50. La jurisprudence de la Cour de cassation a été formulée, d'une manière très nette, dans un arrêt postérieur du 10 août 1881 (S. 81. 1. 389, D. 81. 1. 447), que nous devons textuellement citer : « Le but que s'est proposé le législateur serait presque toujours manqué, si l'article 330 ne devait être appliqué que lorsque l'auteur de l'outrage à la pudeur aurait eu l'intention de le rendre public. Cette intention n'est pas une des conditions du délit. En effet, la la loi, pour protéger l'honnêteté publique et empêcher le scandale, punit le vice, soit qu'il se montre avec effronterie, soit même qu'il néglige de se cacher; cette négligence suffit pour établir la culpabilité de l'agent, parce qu'à elle seule elle révèle, chez lui, le mépris de la pudeur publique; le délit d'outrage public à la pudeur existe, indépendamment de toute volonté d'affronter la publicité, par cela seul qu'on n'a pas fait tout ce qui était nécessaire pour l'éviter. » C'est dans ce sens, du reste, que s'était généralement prononcée la jurisprudence antérieure. V. Cass., 10 août 1854 (D. 54. 1. 300); Poitiers, 18 février 1858 (D. 59. 5. 37); Montpellier, 8 août 1859 (D. 60. 5. 29). Voy. également : Cass., 30 janvier 1897 (D. 97. 1. 237); 3 mars 1898, précité. Cfr. Blanche et Dutruc, t. V, n° 82, p. 87 et la note.

feste l'accomplissement ostensible d'un acte, d'un geste, d'une attitude, en un mot d'un fait matériel immoral ou obscène. Mais il n'est pas nécessaire, que le prévenu ait cherché à être vu du public, il suffit qu'il se soit seulement exposé à être vu en ne prenant pas toutes les précautions possibles pour éviter aux autres un spectacle choquant. Cette absence de *verecundia* constitue précisément l'élément intentionnel du délit.

La prévention tomberait, par conséquent, en supposant un état de choses tel que la sauvegarde d'un bien nécessitât l'accomplissement d'un acte qui constituerait un outrage public à la pudeur s'il était commis dans d'autres circonstances. Ainsi, par exemple, il ne viendrait à l'esprit de personne de poursuivre, sous la qualification d'outrage à la pudeur, le fait d'un individu qui, pour fuir un incendie, se montrerait en public dans un état de nudité complète [29]. Il y a là une cause de justification objective tirée de la nécessité qui efface la criminalité de l'acte. C'est en langage juridique la traduction de l'adage populaire : *Nécessité n'a pas de loi.*

§ CVI. — DU VIOL.

(C. p., art. 332, § 1).

1813. Du viol et de l'attentat violent à la pudeur. — **1814.** Le viol n'est pas défini par le Code français. — **1815.** Précédents historiques. — **1816.** Éléments du viol. — **1817.** La copulation illicite comme but des violences coupables, tel est l'élément qui distingue le viol de l'attentat violent à la pudeur. — **1818.** De l'emploi de la violence dans ce but. En quoi consiste la violence. Doit-elle être matérielle ? Violence morale. Menaces. Violence présumée. Violence compulsive. Fraude. — **1819.** De la tentative de viol.

1813. Le Code pénal de 1810 confondait, dans la même disposition, et punissait de la même peine, le *viol* et l'*attentat*

[29] Tout le monde s'accorde à faire de la nécessité de l'acte la condition première de l'impunité complète de l'agent ; de là le nom d'*état de nécessité* par lequel la science moderne désigne la situation critique dans laquelle se trouve l'agent et la qualification, assez peu exacte, du reste, de « délit nécessaire » qui a été donné à l'acte. V. Paul Moriaud, *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité* (Paris et Genève, 1889). Cfr. Adolphe Prins, *Science pénale et droit positif*, n° 431.

violent à la pudeur. Ces deux crimes ont certainement un caractère commun : l'emploi de la *violence* comme moyen de les commettre. Mais ils diffèrent essentiellement, soit par leur but, soit par leurs résultats, soit par leur immoralité. En effet, le viol a pour but la conjonction des sexes. Si l'outrage, accompagné même de violence, n'a pas ce but, s'il a été commis dans le dessein général et indéterminé d'offenser la pudeur d'une personne, ce n'est plus une tentative de viol, c'est un *attentat à la pudeur.* On doit donc approuver la loi du 28 avril 1832 d'avoir séparé ces deux incriminations. J'examinerai distinctement leurs éléments spécifiques.

1814. Le viol n'est pas défini par le Code pénal. L'article 332, § 1, se borne à établir la peine de ce crime : « *Quiconque aura commis le crime de viol sera puni des travaux forcés à temps.* » De là quelques difficultés sur ses caractères distinctifs. Pour les examiner et les résoudre, un retour sur les précédents historiques nous paraît nécessaire.

1815. En droit romain, le *stuprum violentum* d'une femme ou d'une fille rentrait dans les termes de la *vis publica.* Ce n'était pas le mobile sexuel qui qualifiait le crime, mais l'emploi de la violence[1]. Dans le droit germanique primitif, à la notion de la violence, fut substituée celle du *stuprum*, et le viol d'une femme devint un crime spécial, sévèrement puni[2].

L'ancien droit français distinguait le *rapt par violence* et le *viol.* Le premier de ces crimes supposait l'enlèvement, par force et malgré elles, des filles, femmes et veuves, soit majeures,

§ CVI. [1] L. 5, § 4, D., *Ad legem Jul. de vi publica* : « *præterea punitur hujus legis pœna, qui puerum vel feminam per vim stupraverit.* »

[2] *Lex Salic.*, XIV, 10 ; *L. Alam.*, tit. 59, § 2, 3 ; *L. Burg.*, tit. 30 ; *L. Fris.*, tit. 9, § 8. — Les coutumes postérieures reproduisirent ce concept, qui passa dans la Caroline, § CXIX. « Celui qui fera violence à une femme mariée, à une veuve, ou fille, et qui, malgré elle, en abusera, aura mérité la mort, et par la procédure qui lui sera faite sur la plainte de la personne violée, il sera, de même qu'un ravisseur, condamné à périr par le glaive ; et celui qui, de propos délibéré et violemment, aura tenté de forcer une femme ou une fille, et que par la résistance qu'elle aura faite, ou par un autre secours, elle en aura été délivrée, il sera puni sur la plainte de la personne violentée eu égard aux circonstances du fait... ».

soit mineures, dans le dessein d'en abuser. Le second se commettait lorsqu'un homme attentait, par force et violence, à la pudicité d'une fille, d'une veuve ou d'une femme, pour la connaître charnellement. Le Code pénal de 1791 avait suivi ces précédents : il punissait également le viol et le rapt de violence : le viol était frappé de six ans de fers, et cette peine était portée au double quand la victime avait moins de quatorze ans; le rapt était le fait d'avoir, par violence et à l'effet d'en abuser ou de la prostituer, enlevé une petite fille au-dessous de quatorze ans accomplis. Le Code pénal de 1810 a séparé ces deux crimes : le rapt n'est que l'enlèvement d'un mineur, abstraction faite de toute violence ultérieure; le fait est puni en lui-même, et, s'il est suivi de viol, ce viol est un crime distinct qui ne se confond pas avec le rapt.

1816. Ceci compris, et en l'absence de toute définition précise donnée par le Code pénal, il résulte de ces précédents qu'on a toujours entendu par viol le *fait de connaître charnellement une femme sans la participation de sa volonté.* Les éléments constitutifs de ce crime consistent donc dans la *conjonction charnelle* comme *but* et dans l'emploi de la *violence* comme *moyen.* Ce crime suppose essentiellement le rapt brutal de l'honneur d'une femme[3].

1817. La *copulation illicite*, comme but des violences coupables, tel est, en effet, l'élément qui distingue le viol de l'attentat à la pudeur. Sans doute, il n'est pas nécessaire, pour l'existence du crime, que le coït ait été consommé, il suffit qu'il ait été *voulu* et *tenté.* Mais tant que les actes de violence n'ont pas pour objet la conjonction illicite des sexes, ils ne sauraient être poursuivis sous la qualification de viol tenté ou consommé. L'attentat à la pudeur, au contraire, n'a pas de but déterminé autre que celui d'offenser la pudeur de la personne sur laquelle il est exercé. Le Code pénal ne fait aucune distinction entre les attentats inspirés par le désir de jouissance sexuelle et ceux

[3] La femme qui contraindrait par violence un homme à coucher avec elle ne pourrait être déclarée coupable d'un viol, mais, suivant les cas, d'un attentat à la pudeur avec violence.

commis par tout autre motif, tels que sentiments de haine, de vengeance, de curiosité. L'attentat résulte du fait même, quel que soit le mobile qui l'inspire. Sans doute, le viol peut être également commis par haine ou vengeance, et l'intention indirecte et dernière du délinquant importe peu pour la constitution du crime : mais il faut, au moins, que l'acte attentatoire à la pudeur ait pour objet direct et immédiat la copulation, la conjonction charnelle de deux personnes de sexe différent. Par conséquent, le fait, de la part d'un homme, d'employer la violence pour avoir, avec un autre homme, ou même avec une femme, des rapports contre nature, ne constituerait pas un viol, mais un attentat violent à la pudeur.

Il faut, bien entendu, que le commerce avec une femme, recherché par la violence, soit illicite : ainsi, un mari, qui prendrait sa femme de force, ne commettrait certainement pas le crime de viol, même après la séparation de corps[4], sauf la répression des blessures qu'il pourrait lui avoir faites[5]. Mais le mari qui, employant la violence, contraint sa femme à subir des rapports contraires à la fin du mariage, commet le crime d'attentat à la pudeur. Dans ce cas, en effet, le commerce qu'il recherche est illicite, et la protection générale de la loi défend la femme contre de tels actes[6].

1818. La *violence,* comme procédé pour arriver au but tout spécial que se propose l'accusé, tel est le second élément, l'élément caractéristique du crime de viol. Mais le Code pénal n'a pas jugé nécessaire d'indiquer les *moyens* par l'emploi desquels l'auteur de l'attentat, qui a pour but la copulation illicite, se rend coupable de viol ou de tentative de viol. La jurisprudence française, profitant du silence de la loi sur ce point, paraît arrêtée aujourd'hui à cette interprétation que tout commerce illicite avec une femme, obtenu *contre la volonté* ou même *sans le consentement* de celle-ci, constitue un *viol*[7].

[4] *Sic,* Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1879, p. 314.

[5] *Sic,* Alger, 28 avril 1887 (S. 89. 2. 114).

[6] Voy. *infrà,* § CVII.

[7] La jurisprudence française a donc interprété l'article 332 en ce sens qu'il faut entendre par viol « *le fait d'abuser d'une femme sans la participa-*

a) Si le crime est commis à l'aide d'une *contrainte physique, matérielle,* il ne saurait y avoir de difficulté. A la double condition que la contrainte soit exercée sur la *personne même* qui en est victime [8], et qu'elle soit *suffisante* pour paralyser sa résistance [9], elle a le caractère constitutif que comporte le sens originaire et primitif du mot *viol* ou *violement.*

tion de sa volonté. » Telle est, en effet, la définition qu'en donne M. Blanche, *op. cit.*, t. V, n° 96. MM. Chauveau et Hélie empruntent à Jousse (*op. cit.*, t. III, p. 243) sa définition : « On entend par viol, toute conjonction illicite commise par force et contre la volonté d'une personne. » Mais Jousse ajoute : « contre la volonté des femmes, filles et veuves, » ce qui est plus exact, puisque, d'une part, le viol suppose la différence de sexes, et que, d'autre part, il ne peut être commis que par un homme sur une femme.

[8] Il est, en effet, certain que la violence doit être exercée sur la personne même de la victime. « Ainsi celui qui escalade ou brise les portes d'une maison ou d'une chambre pour pénétrer près d'une femme et auquel cette femme s'abandonne ensuite volontairement ne s'est point rendu coupable de la violence constitutive du viol, » disent Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1580, répétant, du reste, ce qu'avait déjà dit Jousse, t. III, p. 743.

[9] La question de savoir si la femme, qui se prétend victime de la violence, a opposé une résistance suffisante, est une pure question de fait. Dans notre ancien droit, de même qu'on distinguait, au point de vue de la peine, entre les viols commis envers des filles non nubiles ou impubères, et ceux commis envers des filles nubiles, de même on distinguait ces deux catégories de faits au point de vue du système de preuve. « Il reste seulement à observer, en général, dit, à ce propos, Muyart de Vouglans (*op. cit.*, p. 241), que comme ces sortes de crimes se commettent en secret, et qu'ils sont tellement graves de leur nature qu'on ne peut les présumer, les juges doivent se tenir extrêmement en garde contre les accusations qui s'intentent en cette matière; en sorte qu'à la réserve des viols qui se commettent envers des filles impubères, où l'âge seul peut suffire pour en établir la preuve, lorsque ces accusations sont intentées par des personnes nubiles, elles ne doivent, suivant les auteurs, être accueillies qu'autant qu'elles sont appuyées de la preuve des quatre faits suivants : 1° qu'il y a eu une résistance constante et toujours égale de la part de la personne prétendue violée; 2° qu'il y ait une inégalité évidente de ses forces comparées avec celles du prétendu violateur; 3° qu'elle ait poussé des cris; 4° enfin qu'il soit resté sur elle quelques traces de la violence qui lui aurait été faite. » Ces règles sont encore utiles à consulter. Ajoutons que, la plupart du temps, l'instruction du crime de viol nécessitera une expertise médico-légale. Consulter sur ce point : Tardieu, *Etude médico-légale sur les attentats aux mœurs* (1878, in-8°).

b) Si l'auteur de l'attentat a obtenu les faveurs de sa victime à l'aide de *menaces*, peut-on dire, dans le sens du Code pénal français, qu'il ait commis un viol? Que cette forme de contrainte, qui résulte de menaces de nature à inspirer à la victime de l'attentat la crainte *sérieuse* et *immédiate* d'exposer sa *personne* ou celle de ses proches à un mal considérable et présent, puisse et doive être assimilée, en législation, à la contrainte physique elle-même, c'est ce que nous admettrions volontiers; mais, en l'absence de toute disposition spéciale du Code pénal français, on éprouve quelque scrupule à placer sur la même ligne la violence morale et la violence matérielle, et à admettre que la femme *consentant*, sous la pression même des menaces les plus graves, à se livrer à un homme, puisse prétendre avoir été *violée* par celui-ci. Cependant, la loi n'ayant pas défini le viol, il est difficile de croire qu'elle a entendu laisser sans répression la copulation charnelle obtenue au moyen de menaces graves, mais sans l'emploi d'aucune violence physique. La résistance de la femme a pu être rendue aussi difficile dans le premier cas que dans le second, et, sauf l'appréciation rigoureuse, par les juges du fait, de toutes les circonstances qui ont paralysé la volonté de la victime, il semble juste d'admettre que l'emploi de la violence morale, comme l'emploi de la violence physique, est prévu et puni par la loi française. Telle parait être également l'opinion de la doctrine[10] et de la jurisprudence[11].

c) La violence peut être *présumée* ou *inductive* quand le sujet passif de l'attentat est, par lui-même, incapable de consentir, soit à raison de son âge, soit à raison de son état physique.

En ce qui concerne l'*âge* de la victime, la législation fran-

[10] Cfr. CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, n° 1583, p. 318; BLANCHE, t. V, n° 97.

[11] V. les motifs des arrêts cités *infrà*, note 13. La question ne paraît, du reste, jamais s'être présentée directement en pratique; mais tous ces arrêts, rendus dans des espèces où la femme n'avait pas consenti à la copulation, sans qu'il y ait eu emploi de la contrainte matérielle, considèrent que la violence, soit morale, soit physique, rentre dans les éléments constitutifs du viol.

çaise contient un système complet sur ce point, dont nous avons déjà dit quelques mots et sur lequel nous revenons plus loin.

L'attentat peut également se commettre en abusant d'une personne qui aurait perdu l'usage de sa volonté, soit par l'effet d'une *maladie* physique ou mentale, soit par l'*altération de ses facultés*, telle qu'une personne tombée en défaillance; soit par toute autre *cause accidentelle*, c'est-à-dire par une cause indépendante de la volonté de celui qui a commis l'attentat, telle que le sommeil profond, l'ivresse complète, etc. Y aurait-il viol dans tous ces cas? Nous n'hésitons pas à l'admettre. Sans doute, la possession de la femme dans l'hypothèse n'aura pas été obtenue par la violence physique, pas même par la violence morale; mais la femme *n'aura pas consenti* à se livrer. Or, l'article 331 ne définit pas le viol; il ne restreint pas expressément ses dispositions au cas où le coupable a usé de violences, et il semble, par suite, qu'on puisse décider, sans se mettre en désaccord avec la loi, qu'il y aura bien viol toutes les fois que la femme n'aura pas consenti à l'acte dont elle a été la victime. Ce que la loi réprime, en effet, c'est non seulement le fait d'avoir abusé d'une femme *contre sa volonté*, mais encore le fait d'en avoir abusé *sans sa volonté*, en un mot, c'est le fait d'avoir violé la liberté de sa personne et de l'avoir ainsi exposée, soit malgré elle, soit sans sa participation, au déshonneur, qui est la conséquence d'une conjonction illicite des sexes, et peut-être même à une maternité imposée.

d) Il en est, à plus forte raison, de même, en cas de violence *compulsive*, c'est-à-dire dans l'hypothèse où l'on abuse d'une personne privée de l'usage de ses sens par quelque artifice : par exemple, si, pour atteindre son but, le coupable avait enivré sa victime, où l'avait plongée dans un sommeil léthargique en lui administrant un breuvage narcotique, ou l'avait hypnotisée par les procédés en usage.

Mais si l'absence de toute résistance de la part de la victime de l'attentat provenait d'une fraude ou d'une machination coupable, cette fraude ou cette machination pourrait-elle entrer dans les prévisions de la loi? Cette question a été soulevée à l'occasion du fait suivant : Un individu s'était introduit dans la

chambre et dans le lit d'une femme endormie dont le mari venait de sortir. Il profita de cette surprise pour consommer son attentat. Poursuivi pour viol, la chambre d'accusation de la Cour de Besançon déclara n'y avoir lieu de suivre [12]. Mais cette solution nous paraît critiquable, et elle n'a pas fait fortune en jurisprudence. Si l'on admet, en effet, que la loi incrimine, sous la qualification de viol, toute conjonction illicite sans le consentement de la femme, il est difficile de croire que celui qui profite d'une surprise, d'une erreur matérielle de la victime pour satisfaire sa lubricité, ne commette pas un viol. En pareil cas, il faut choisir entre deux interprétations : celle qui ne punit le violateur que s'il a usé de la contrainte physique, et celle qui le punit toutes les fois qu'il a obtenu la jouissance sexuelle sans le consentement libre et éclairé de la femme. Or, en l'absence de toute définition du viol, la jurisprudence a pu se croire autorisée à adopter cette dernière interprétation [13].

[12] Besançon, 13 octobre 1828 (*Journ. du droit crim.*, 1829, p. 45).

[13] Sur la question on lira deux intéressantes dissertations, l'une de M. de Gérando (*Rev. de législ.*, 1861, t. I, p. 461), l'autre de M. Merville (*Rev. prat.*, 1857, t. IV, p. 219). Cfr. Chauveau et Hélie, t. IV, nos 1583 ; Blanche, t. V, n° 97. — Il a été jugé qu'il y a crime de viol de la part de l'individu qui, après s'être furtivement introduit au domicile, dans la chambre et jusque dans le lit d'une femme mariée, abuse de sa personne, à la faveur du demi-sommeil dans lequel elle se trouve, ainsi que de l'obscurité qui l'environne, et à l'aide de manœuvres frauduleuses tendant à lui faire croire qu'elle se livre à son mari (C. d'ass. de la Moselle, 17 août 1857, D. 58. 2. 64). Même décision dans une espèce où il s'agissait non d'une femme mariée, mais d'une jeune fille, dont l'accusé avait abusé pendant son sommeil et par surprise, en l'absence de toutes violences physiques ou morales (Cass., 30 déc. 1858, D. 58. 5. 377, S. 59. 1. 433). Décidé également, dans le même sens, que l'individu qui s'introduit la nuit dans le lit d'une femme mariée à l'aide de manœuvres propres à le faire passer pour le mari, et se livre sur cette femme à des actes lubriques, commet le crime prévu par l'art. 332 § 2 du Code pénal (Cass., 27 déc. 1883, D. J. G. *Supplément*, v° *Attentat aux mœurs*, n° 43). Il y a également crime de viol dans le fait d'un individu d'abuser d'une femme que son état de léthargie ou de défaillance (causé dans l'espèce, par un viol déjà commis sur sa personne par un autre individu) lui livrait sans défense (Besancon, 31 déc. 1857, S. 58. 2. 355). « Attendu, dit ce dernier arrêt, que si, au cas de violence et quand la résistance est possible, la loi a réprimé l'attentat, elle n'a

1819. Le crime de viol ayant un but déterminé, la copulation, admet la forme de la *tentative*, qui doit réunir, pour être punissable, tous les caractères exigés par la loi[14]. Si donc l'agent, avant d'atteindre son but[15], s'est volontairement désisté de son entreprise, le fait ne peut être considéré comme une tentative de viol punissable; mais, dans ce cas même, le fait constitue un attentat à la pudeur avec violence, car le dessein, auquel l'agent a renoncé, comprenait, sans aucun doute, celui d'outrager la pudeur, et ce dernier a été consommé. Nous savons, en effet, qu'un acte d'exécution, suspendu volontairement, qui, dans l'intention de l'agent, était une tentative pour accomplir tel crime, peut constituer la consommation d'un autre crime. Il en est de l'auteur d'une tentative de viol dans ce cas, comme de l'individu qui, voulant tuer, s'est volontairement arrêté après avoir porté un premier coup. Cet individu ne peut certainement être puni pour tentative de meurtre, mais il doit l'être pour coups et blessures volontaires, car il a eu également l'intention de blesser sa victime. Il suit de là, au point de vue de la procédure, que, dans une accusation de tentative de viol, l'attentat à la pudeur peut faire l'objet d'une question subsidiaire posée comme résultant des débats[16], et si le fait incriminé a eu une

pas dû le laisser impuni, alors qu'un état de léthargie ou de défaillance livre la femme sans défense à son agresseur et rend l'outrage inévitable... Cfr. Cass., 25 juin 1857 (S. 57. 1. 711; D. 57. 1. 314); Metz, 20 juillet 1857 (S. 57. 2. 705).

[14] La Cour de cassation a hésité sur cette question, avant 1832. Voy. Blanche, t. V, n° 98. Depuis cette époque, le crime de viol et celui d'attentat à la pudeur avec violence emportent des peines différentes et présentent, par conséquent, les caractères de deux crimes distincts. Aussi, la Cour de cassation en a conclu que la tentative de viol, constituant un crime *sui generis*, indépendant de l'attentat à la pudeur, ne devenait punissable que si elle était accompagnée de circonstances prévues par l'article 2 du Code pénal. Voy. Cass., 30 mai 1850 (D. 50. 5. 37).

[15] Le viol, il faut le remarquer, est un de ces crimes que les criminalistes appellent quelquefois crimes *matériels*, c'est-à-dire que sa consommation, son exécution complète, implique l'achèvement du coït. Par conséquent, en l'absence de la copulation, il peut rester ou une *tentative de viol* ou un *outrage violent à la pudeur*, mais non un *viol manqué*.

[16] Sur une accusation de *viol tenté*, le président des assises, en posant

s'explique. L'outrage public à la pudeur résulte d'un acte qui, en lui-même, ne blesse pas la liberté ou la moralité d'une personne déterminée. La loi ne punit cet acte que parce qu'il est commis en public et manifeste ainsi le mépris de soi-même et des autres. 2° D'un autre côté, tandis qu'il y a outrage à la pudeur dans tout acte, tout geste, toute attitude, en un mot, dans tout fait matériel, même licite, qui témoigne, de la part de son auteur, d'un mépris pour la pudeur publique, il faut encore, pour que l'attentat à la pudeur existe, que ce fait, nécessairement immoral ou obscène, ait été commis directement sur la personne d'un individu quelconque. Mais dès que cette circonstance est ainsi réalisée, le fait constitue, s'il a une gravité suffisante pour être qualifié d' « attentat », non pas un outrage, mais un attentat à la pudeur [1]. Il résulte, du reste, de ces explications

§ CVII. [1] La jurisprudence a fait souvent l'application de cette distinction entre l'outrage et l'attentat à la pudeur. Ainsi, dans une espèce, où un individu était prévenu d'avoir attiré, dans un lieu public, une jeune fille, de l'avoir mise à cheval sur lui, d'avoir approché ses parties sexuelles de celles de cette enfant jusqu'au contact, de manière à lui occasionner une légère inflammation, la Cour de cassation, statuant par voie de règlement de juge, estima qu'il y avait, dans cette scène, non un outrage public, mais un attentat à la pudeur : « Attendu que des faits relevés par les deux décisions qui donnent lieu au conflit, il résulte qu'il y aurait eu de la part de l'inculpé *action immédiate contraire aux mœurs exercée sur la personne* d'une jeune fille âgée de moins de onze ans (aujourd'hui, treize ans) ; que, par conséquent, le fait aurait, s'il était établi, le caractère d'attentat à la pudeur et ne constituerait pas seulement le simple délit d'outrage public à la pudeur, lequel ne résulte que de faits qui ont outragé la pudeur publique et non de ceux qui constituent un attentat à la pudeur sur la personne d'un individu quelconque. » Cass., 5 juillet 1838 (S. 39. 1. 59). Voy. également : Cass., 27 février 1835 (*B. cr*, n° 66) ; Poitiers, 5 juillet 1872 (D. J. G., supplément, v° *Attentat aux mœurs*, n° 32-1°). — Ainsi encore, la main-mise sur des jeunes filles âgées de moins de treize ans, consistant dans l'action de relever leurs vêtements jusqu'à la ceinture, de mettre à nu une partie de leur corps et de les laisser dans cet état pendant un temps plus ou moins long, constitue l'attentat à la pudeur puni par l'article 331, quel qu'en ait été le mobile : Cass., 26 juillet 1874 (S. 74. 1. 408). — Il y a également crime d'attentat à la pudeur et non point seulement délit d'outrage public à la pudeur, dans le fait de relever les jupes d'une jeune fille âgée de moins de treize ans, et de lui donner plusieurs tapes, en même temps qu'on l'em-

que le même fait est susceptible, suivant les circonstances, d'être qualifié soit d'outrage, soit d'attentat à la pudeur. Rien ne s'oppose donc à ce qu'un individu, acquitté du chef d'attentat à la pudeur, puisse être repris et condamné en police correctionnelle pour outrage public à la pudeur[2], ou même pour excitation habituelle de mineurs à la débauche[3].

1821. Le fait incriminé par les articles 331 et 332 sous la qualification d'attentat à la pudeur suppose, sans doute, que le dessein d'offenser la pudeur a reçu un commencement d'exécution. Les actes qui précèdent ce commencement d'exécution ne sont que des faits préparatoires, qui ne tombent pas sous le coup de la loi pénale. Mais, dès qu'il y a un commencement d'exécution, l'*attentat* existe : il n'admet donc pas de tentative,

brasse sur la bouche et qu'on l'étreint de façon à lui faire mal. Le caractère d'attentat à la pudeur ne saurait être refusé à ce fait, par le motif que le prévenu n'a point porté les mains aux parties sexuelles de la jeune fille, et que les attouchements n'ont pas agi sur l'esprit ni sur les sens de celle-ci au risque de la corrompre : « Attendu que le crime d'attentat à la pudeur résulte du fait même, quel que puisse être l'effet produit sur la victime; qu'à tort l'arrêt attaqué a distingué où la loi ne distingue pas. » Cass., 5 novembre 1881 (*B. cr.*, n° 232). Mais il faut, bien entendu, que l'acte impudique puisse raisonnablement être qualifié d'attentat pour qu'il constitue le crime prévu par les articles 331 et 332. Comp. l'arrêt précité de la Cour de cassation, du 1er décembre 1848.

[2] C'est qu'en effet, l'attentat à la pudeur se constitue d'éléments légaux différents du délit d'outrage public à la pudeur. Tandis que, dans ce dernier délit, la circonstance de publicité est un élément essentiel, le crime d'attentat à la pudeur a pour base des actes qui, par eux-mêmes et en dehors de toute publicité, sont une atteinte à la pudeur d'une personne déterminée. Le fait incriminé, s'il ne constitue pas le crime d'attentat à la pudeur, peut fort bien, en raison du lieu et des circonstances qui l'ont accompagné, avoir eu la publicité requise par l'article 330; et cette publicité constituera un élément nouveau qui permettra une poursuite devant le tribunal correctionnel. Cass., 5 février 1863 (D. 64. 1. 324); 18 juin 1863 (D. 64. 1. 324-325). Cfr. Blanche, t. V, n° 93, p. 106, et n° 84. La Cour de cassation a également conclu de ce caractère du crime d'attentat à la pudeur qu'on pouvait, sans vice de complexité, comprendre, dans une seule et même question, le fait consommé et la tentative, celle-ci étant assimilée au crime lui-même par l'article 332 du Code pénal : Cass., 7 mai 1875 (*B. cr.*, n° 145).

[3] *Sic*, Cass., 5 février 1863, précité.

au sens précis du mot, c'est-à-dire que le crime ne comporte pas ces deux phases ordinaires de l'infraction, le *commencement d'exécution* et la *consommation du fait* qui le constitue. Aussitôt que la pudeur a été outragée par un acte quelconque, le crime est achevé. Quelle est donc la portée, à ce point de vue, des articles 331 et 332, qui punissent l'attentat à la pudeur *tenté* ou *consommé?* Pour le comprendre, il faut partir d'une observation essentielle.

A la différence de l'attentat à la pudeur, le viol a un but déterminé qui consiste à procurer à son auteur une conjonction illicite ; l'acte *de violence*, réalisé sur une personne dans ce but, mais qui n'a pas eu le résultat désiré, constitue donc une tentative de viol, qui peut avoir été suspendue, soit par la volonté même de l'auteur, soit par des circonstances indépendantes de sa volonté. Au contraire, comment concevoir une *tentative d'un attentat* qui a exclusivement pour objet d'outrager la pudeur d'une personne déterminée? Si l'acte a reçu un commencement d'exécution, il est accompli, puisque la pudeur a été offensée[1]. Sans doute, l'agent peut prétendre qu'il avait l'intention d'aller plus loin, de se livrer à d'autres actes, qu'il s'est arrêté volontairement ou qu'il a été arrêté en route : qu'importe? Il en est de l'auteur de cet attentat comme du voleur, qui n'en reste pas moins un voleur, bien qu'il n'ait pas soustrait toute la somme qu'il s'était proposé d'enlever. Si donc le Code pénal, dans les articles 331 et 332, contrairement à sa pratique habituelle, a mentionné l'attentat à la pudeur *tenté*, en même temps que l'attentat à la pudeur *consommé*, c'est pour exprimer qu'en cette

[1] On sait, en effet, qu'en analysant la définition légale des diverses infractions, on découvre aisément qu'elles peuvent être classées en deux catégories, relativement au moment précis où elles doivent être considérées comme accomplies. Quelquefois, la loi exige, comme condition essentielle du délit, qu'un certain résultat ait été atteint. Ces sortes d'infraction ne sont donc consommées que lorsqu'elles ont causé le mal déterminé par la loi. Le viol appartient à cette catégorie. Mais, d'autres fois, la loi se borne à incriminer de *simples faits*, qu'elles qu'en aient été les conséquences. L'attentat à la pudeur est du nombre de ces infractions. Il est donc consommé dès que le fait incriminé par la loi est accompli.

matière, la *tentative* et la *consommation* du crime ont le même caractère et constituent la même infraction, et qu'il n'y a pas lieu, dès lors, de recourir à l'article 2 du Code pénal pour y rechercher les éléments constitutifs de l'attentat. Il résulte de ce point de vue, par une conséquence nécessaire, que l'attentat à la pudeur ne cesse point d'être punissable, lorsque l'auteur a volontairement interrompu son entreprise, lorsqu'il n'a pas voulu aller aussi loin qu'il aurait pu le faire. Cette proposition est certaine[5]. Elle démontre qu'en cette matière, c'est par une véritable confusion de mots et d'idées, qu'il est question d'une *tentative d'attentat*[6]. Le Code pénal a seulement voulu dire, dans les articles 331 et 332, qu'il n'y avait aucune différence à établir, dans la qualification de l'attentat à la pudeur, suivant que cet attentat avait été consommé ou suivant qu'il avait été tenté, et que la tentative, en ce cas, constituait le crime même[7].

[5] *Sic*, CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, n° 1574; BLANCHE, t. V, n° 88. Jurisprudence constante. « La tentative violente (ou non violente) d'un attentat à la pudeur, a dit la Cour de cassation dans un arrêt du 10 mars 1820 (S. coll. nouv., t. II, 1. 257), renferme, par elle-même, les circonstances exigées par l'article 2 du Code pénal, c'est pour cela que l'article 331 l'a spécialement et immédiatement jointe à l'attentat consommé. » Il suffit, par conséquent, que le jury soit saisi d'une question posée dans les termes des articles 331 et 332, sans qu'il y ait lieu de l'interroger sur les caractères de la tentative, tels qu'ils sont définis par l'article 2 du Code pénal. *Sic*, Cass., 4 août 1853 (D. 53. 5. 32); 7 octobre 1852 (S. 53. 1. 318); 31 décembre 1869 (D. 70. 1. 434); 7 mai 1875 (S. 76. 1. 47). Cfr. de MOLÈNES, *De l'humanité dans les lois criminelles*, p. 554 et suiv.

[6] M. CARNOT, *op. cit.*, t. II, p. 103, a combattu, il est vrai, la doctrine que nous adoptons. Toute la question, dit-il, se réduit à savoir si des termes de l'article 332, il résulte une dérogation spéciale aux dispositions générales de l'article 2. Or, cet article porte bien que la tentative des crimes qu'il prévoit sera punie, mais il n'ajoute pas qu'il y aura tentative punissable lors même qu'elle n'aura pas été accompagnée des circonstances exigées par l'article 2, siège de la matière. Dans cette argumentation, le criminaliste que nous citons ne tient aucun compte de la nature juridique de l'attentat à la pudeur qui est commencé en même temps et achevé dès qu'un acte contraire à la pudeur a été commis.

[7] D'où les conséquences suivantes : 1° L'accusé ne peut se faire un moyen de nullité de ce que la déclaration du jury n'exprimerait pas si le

1822. L'attentat à la pudeur résultant du fait même immoral ou obscène, accompli volontairement, il n'y a pas à se préoccuper du *mobile* de l'agent du crime : peu importe que celui-ci ait voulu satisfaire sa lubricité ou toute autre passion, si, d'ailleurs, le fait présente les caractères spécifiés, soit par l'article 331, soit par l'article 332 du Code pénal[8]. Il ne faudrait donc pas croire que le but de l'agent, dans l'attentat violent à la pudeur, doive être nécessairement de satisfaire une *impulsion charnelle*. Un acte impudique commis sur la personne d'autrui ou sur sa propre personne avec l'aide d'autrui, a, sans doute, presque toujours pour mobile l'instinct génésique; mais cet acte constituerait un attentat à la pudeur, alors même qu'il serait dû à la curiosité, à la haine ou à la vengeance[9], etc.

1823. Le Code pénal ne punissait que l'attentat à la pudeur commis avec violence, quel que fût l'âge de la victime; de sorte que toutes les fois qu'un enfant n'avait opposé aucune résistance ou avait donné son consentement, le fait dont il était victime restait sans répression. A la vérité, la jurisprudence de certaines cours, révoltée de l'impunité d'un attentat aussi grave, avait tenté de le faire rentrer dans les termes de la loi,

crime a été consommé ou tenté : Cass., 30 novembre 1827; 2° La réponse du jury à la question alternative de savoir si un attentat à la pudeur a été tenté ou consommé par l'accusé ne peut être annulée : Cass., 9 février 1837 (S. 38. 1. 902); 3° Il n'y a, ni excès de pouvoir par le président de la cour d'assises appelée à statuer sur une accusation d'attentat à la pudeur, qui ajoute, dans la question posée au jury, l'indication de la tentative, bien que l'arrêt de renvoi ne parle que de l'attentat consommé, ni complexité dans la question ainsi posée : Cass., 7 mai 1875, précité, et 31 décembre 1869, précité.

[8] *Sic*, Cass., 6 février 1829 (*B. cr.*, n° 31); 3 décembre 1859 (*B. cr.*, n° 286); 23 décembre 1859 (D. 60. 5. 95). Cfr. dans le même sens : Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1572 ; Blanche, t. V, n° 108.

[9] La même interprétation est donnée par la jurisprudence allemande au § 174 du Code pénal allemand. Aux termes d'une décision du Tribunal de l'Empire du 28 février 1880 : « Sont qualifiés *actes impudiques*, les actes qui offensent les bonnes mœurs et la convenance, relativement à la sexualité : il importe peu que, directement ou indirectement, ils soient commis pour donner satisfaction aux désirs sexuels. » Cfr. Binding (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft*, 1882, t. II, p. 458).

1824. *Attentat à la pudeur sans violence.* — C'est l'article 331 qui réprime l'attentat à la pudeur commis sans violence. La loi du 13 mai 1863 a apporté deux modifications essentielles à ce texte. *a*) D'une part, on a élevé jusqu'à *treize ans* l'âge, autrefois fixé à *onze ans*, à partir duquel l'attentat à la pudeur, commis sans violence, cesse d'être réprimé : « *Tout attentat à la pudeur consommé ou tenté sans violence sur la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe, âgé de moins de treize ans, sera puni de la réclusion.* » *b*) D'autre part, on a puni de la même peine que l'attentat à la pudeur commis sur la personne du mineur de treize ans, « *l'attentat à la pudeur commis par tout ascendant sur la personne d'un mineur, même âgé de plus de treize ans, mais non émancipé par le mariage.* »

Examinons distinctement ces deux incriminations.

1825. I. Les éléments matériels, constitutifs de l'attentat à la pudeur commis sans violence sur la personne d'un enfant âgé de moins de treize ans, sont : 1° l'*attentat à la pudeur;* 2° l'*âge de la victime.*

1826. L'attentat à la pudeur résulte, ainsi que nous l'avons déjà dit, d'un acte contraire à la pudeur, commis sur un individu de l'un ou de l'autre sexe. Mais le crime est-il constitué, non seulement lorsque l'acte de débauche est exercé sur la per-

personne d'un enfant), la jurisprudence admet, aujourd'hui, que l'attentat à la pudeur d'un enfant de moins de treize ans résulte aussi bien des actes à la perpétration desquels on le fait servir d'instrument ou d'auxiliaire, que des actes obscènes commis sur sa personne[13]. D'une part, en n'exigeant pas que l'attentat ait eu pour objet la personne même de l'enfant, la loi, par son silence, indique assez qu'il suffit, pour l'existence du crime, que la pudeur de l'enfant ait été offensée, et que celui-ci ait pris part, comme victime ou comme instrument, à un acte propre à altérer son innocence. D'autre part, cette interprétation est la seule conforme aux motifs mêmes qui ont inspiré la répression de l'attentat à la pudeur : il serait vraiment contradictoire de punir les attouchements obscènes pratiqués sur un enfant, et de considérer comme indifférents les actes lubriques auxquels cet enfant aurait servi d'auxiliaire.

1827. L'effet de cette disposition est d'établir un âge au-dessous duquel la violence est invinciblement *présumée* sur la personne des enfants : cet âge, qui était celui de *onze ans* avant 1863, est aujourd'hui celui de *treize ans révolus*. On n'a pas cru devoir aller plus loin dans cette voie. Déjà, en 1832, une proposition tendant à proroger jusqu'à quinze ans la protection due à l'enfance avait été écartée[14] : et cette proposition, reproduite en 1863, a eu le même sort. Il est cependant difficile de croire qu'un enfant de treize à quinze ans soit, à raison de son âge, considéré comme capable de se soustraire à la séduction et à même d'apprécier toute l'immoralité de l'action à laquelle on lui propose de se soumettre ou de se prêter. La fille qui n'est pas encore apte au mariage devrait être regardée par le législateur comme ne pouvant disposer de sa personne. « Réputée incapable de consentir au mariage qui est un acte licite, à quel titre serait-elle réputée capable de se prêter à un acte honteux[15] ? » Par cette réforme, on rétablirait, entre l'article 144 du Code

[13] Cfr. Cass., 2 avril 1832 (S. 35. 1. 396), et surtout 27 septembre 1860 (D. 60. 1. 469; S. 61. 1. 201).

[14] Cfr. Chauveau, *Code pénal progressif*, p. 291.

[15] Daste, *De la recherche de la paternité hors mariage* (Toulouse, 1873), p. 249.

civil et l'article 331 du Code pénal, une harmonie qui nous paraît nécessaire.

Au-dessus de l'âge de treize ans, la présomption légale de violence s'évanouit et l'attentat sans violence commis sur une personne qui a atteint cet âge n'est passible d'aucune peine. La circonstance de la minorité de treize ans est donc essentiellement constitutive du crime prévu par l'article 331 [16], et il est régulier d'interroger le jury, par une même question, et sur le fait lui-même et sur l'âge de l'enfant[17].

1828. II. La seconde disposition de l'article 331 punit de la peine de la réclusion « l'attentat à la pudeur commis par tout ascendant sur la personne d'un mineur, même âgé de plus de treize ans, mais non émancipé par mariage. » Pour justifier cette innovation, la commission du Corps législatif faisait remarquer, en 1863, que « s'il est permis de supposer une volonté intelligente et libre chez un enfant de plus de treize ans, cette volonté libre n'est plus certaine si la sollicitation lui arrive d'un de ses ascendants, c'est-à-dire d'une personne qui exerce sur elle une autorité naturelle. Qu'un père soit assez dégradé pour attenter lui-même à la vertu de sa fille, il commet à la fois une immoralité révoltante et un acte digne d'une punition salutaire tant qu'il est permis de supposer que l'autorité et l'état de dépendance sont venus en aide à ses mauvais desseins. » En d'autres termes, ce qu'on a prétendu punir, en 1863, c'est *abus d'autorité*, employé par un ascendant vis-à-vis de son descendant, pour la satisfaction de ses instincts génésiques. Cet abus d'autorité peut être à craindre, en effet, jusqu'à quinze ou seize ans; mais comment croire à la persistance de cette influence irrésistible dès que le descendant a dépassé cet âge? La

vérité est qu'on a voulu punir l'*inceste* lorsqu'il est accompli entre ascendant et descendant, et que la victime n'est pas émancipée par le mariage ou n'a pas atteint sa majorité civile.

1829. Il est peu de problèmes qui aient davantage préoccupé les législations pénales que celui de savoir si l'inceste doit être réprimé et dans quelles limites. L'inceste, c'est le commerce illicite qui a lieu entre personnes qui ne peuvent se marier à raison de leur parenté ou de leur alliance. Le fait législatif d'interdire le mariage entre certaines personnes pour cette cause est justifié par des motifs physiologiques, moraux et sociaux, sur lesquels nous n'insisterons pas[18] : mais la *sanction civile* de la nullité du mariage n'a pas toujours paru suffisante pour garantir ces prohibitions. Notre ancien droit, par exemple, y ajoutait une *sanction répressive*. On distinguait, à ce point de vue, deux situations. L'inceste en ligne directe, qui se commettait par les pères ou mères avec leurs propres enfants, soit légitimes, soit naturels, ou bien par les ascendants avec leurs petits-fils ou petites-filles, paraît avoir été puni de la peine du feu. Quant à l'inceste en ligne collatérale, il fallait encore distinguer d'après le degré de parenté. Entre frères et sœurs, ce fait était puni de mort. A l'égard des incestes qui se commettaient entre des parents autres que des frères et sœurs, la peine était arbitraire et variait suivant la proximité des degrés. C'était l'ancienne distinction romaine de l'*incestus juris gentium* entre ascendants et descendants, et de l'*incestus juris civilis* entre collatéraux et alliés, dans les limites de l'empêchement au mariage[19]. La législation germanique suivait des règles analogues. L'article CXVII de la Caroline se bornait à renvoyer aux lois et coutumes pour la punition de l'inceste[20]. Le Code pénal alle-

[18] Voy. Beudant, *Cours de droit civil*, t. I, n° 230.

[19] L. 38, § 2, D., *ad leg. Jul. de adult.*; Inst., Liv. I, t. X, § 1. La législation canonique distinguait l'*incestus juris divini*, dans les limites de la loi mosaïque, et l'*incestus juris humani* jusqu'au septième degré, et, depuis l'année 1216, jusqu'au quatrième degré canonique. Pour l'ancien droit : Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. IV, n° 1506.

[20] « Lorsque quelqu'un aura eu commerce criminel avec sa belle-fille,

des actes que la société n'a aucun intérêt à punir[24]. l'inceste doit disparaître du catalogue des délits, il compte, dans la répression de l'attentat à la pudeur, sans violence, des relations de parenté existant entre eur de l'attentat et sa victime. Ces relations facilitent les yens de séduction, soit à raison de l'autorité qu'elles donnent, t à raison des occasions de rapprochement qu'elles créent.

1830. Les éléments constitutifs du crime prévu par le § 2 de l'article 331 sont au nombre de trois : 1° l'*attentat à la pudeur;* 2° la *qualité d'ascendant* chez l'auteur; 3° l'*état de minorité* de la victime.

a) En ce qui concerne le premier élément, l'attentat à la pudeur, nous n'avons rien de plus à ajouter à ce qui a été déjà dit sur les caractères de ce fait.

b) Mais la qualité d'ascendant est *constitutive* et non pas seulement *aggravante* de l'incrimination. D'où la conséquence qu'elle peut être énoncée dans la question relative au crime lui-même, et qu'il n'y a pas lieu d'en faire l'objet d'une question séparée[25].

La loi comprend certainement tous les ascendants, *légitimes* ou *naturels*, dans le cercle de la répression. Mais s'applique-t-elle aux ascendants par alliance? Par exemple, un beau-père est-il punissable lorsqu'il entretient des relations intimes avec sa belle-fille mineure, non émancipée par mariage, bien que celle-ci ait plus de treize ans accomplis? En s'attachant à l'esprit de la loi, on est certainement tenté de l'admettre. « D'une part, le législateur a eu évidemment l'intention de punir les ascendants qui ont commis sur les enfants, confiés à leur garde, des attentats à la pudeur, et abusé ainsi de l'autorité morale que leur donnait leur situation ; d'autre part, il a eu en vue le caractère incestueux que crée, dans ces sortes de relations, la qualité respective des parties; ces deux considérations existent

[24] L'intérêt social de réprimer l'inceste pourrait, du reste, apparaître, si ce fait dégénérait en scandale public. Cfr. l'article 337 du Code pénal italien de 1889, cité dans le texte, qui fait de cette condition un élément essentiel de l'inceste punissable.

[25] Cass., 4 janvier 1866 (*B. cr.*, n° 3); Blanche, t. V, n° 92.

descendant, constitue, sans distinction, un attentat à la pudeur. Et la circonstance que le mineur de vingt et un ans, non émancipé par le mariage, aurait donné son consentement à l'acte immoral commis sur sa personne par son ascendant, n'empêcherait pas cet acte d'être réputé criminel.

1831. *Attentat à la pudeur avec violence.* — L'attentat à la pudeur avec violence est prévu et puni par le § 3 de l'article 332, ainsi conçu : « *Quiconque aura commis un attentat à la pudeur consommé ou tenté avec violence contre des individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de la réclusion.* » Ce crime suppose, par conséquent, deux conditions : l'*attentat* et la *violence*.

1832. L'attentat à la pudeur à la différence du viol, peut se rencontrer dans les relations conjugales. La jurisprudence [28] admet, en effet, avec raison, que si le mari, qui emploie la violence pour parvenir à des relations sexuelles, conformes aux fins du mariage, ne commet point de crime [29], il en est autrement de celui qui fait usage de la violence pour avoir, avec sa femme, des relations contre nature [30].

[28] *Sic*, Cass., 21 novembre 1839 (S. 39. 1. 817); 18 mai 1854 (S. 54. 1. 577; D. 54. 1. 262). « Si la pudeur de la femme mariée, disait le procureur général Dupin, n'est pas la pudeur d'une vierge, ce n'est pas une raison pour nier que le mariage conserve une pudeur qui lui est propre et qui ne mérite pas moins d'être respectée. A cette allégation que le mariage est l'extrême limite du droit de disposition appartenant à la créature humaine sur elle-même, nous répondons que plus cette limite est extrême, plus il importe de ne la point franchir. Il n'y a pas de puissance qui n'ait ses bornes : le droit le plus explicite ne doit jamais dégénérer en abus, et plus l'abandon de soi-même est grand pour tout ce qui est libre et conforme au vœu de la nature, moins il est permis de s'en autoriser pour arriver à des conséquences qui, loin d'être l'accomplissement du pacte, le détruisent dans son essence et révoltent l'humanité. »

[29] *Sic*. Alger. 28 avril 1887 (S. 89. 2. 114). Mais les violences, dont le mari a usé, peuvent, suivant leur nature, tomber sous l'application des articles 311 et suiv. Même arrêt.

[30] De ce que l'attentat à la pudeur avec violence, entre mari et femme, n'existe que s'il consiste en des actes de violence contraires aux fins légitimes du mariage, en résulte-t-il que ce caractère spécial doit être indiqué dans la question posée au jury ? Ce point avait été soutenu devant la Cour

§ CVIII. — DES CIRCONSTANCES AGGRAVANTES DE L'ATTENTAT A LA PUDEUR ET DU VIOL.

(C. p., art. 332, §§ 2 et 4, et art. 333).

1834. Circonstances aggravantes de l'attentat à la pudeur. — **1835.** La circonstance que la victime est âgée de moins de quinze ans est aggravante du viol et de l'attentat violent à la pudeur. — **1836.** De l'étendue de la circonstance aggravante tirée de la qualité de l'agent du crime depuis les modifications apportées au Code pénal en 1863. — **1837.** Précédents historiques et motifs de l'aggravation. — **1838.** Ascendants. — **1839.** Personnes qui ont une autorité de droit ou de fait sur la victime de l'attentat ou du viol. — **1840.** Instituteurs. — **1841.** Serviteurs à gage. — **1842.** Fonctionnaires et ministres d'un culte. — **1843.** Concours de plusieurs au crime. — **1844.** Les crimes de viol et d'attentat à la pudeur peuvent être poursuivis d'office. Le mariage entre le coupable et la victime n'est pas considéré comme une cause d'extinction de l'action publique. — **1845.** Formulaire des questions à poser au jury dans les accusations de viol ou d'attentat à la pudeur.

1834. Les circonstances qui aggravent le viol et l'attentat à la pudeur sont basées : 1° sur l'*âge de la victime;* 2° sur la *qualité de l'agent;* 3° sur le *concours de plusieurs personnes au crime.*

1835. *Age de la victime.* — La première des circonstances aggravantes de l'attentat à la pudeur et du viol est le *jeune âge* de la victime. Le § 2 de l'article 332, relatif au crime de viol, porte : « Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans accomplis, le coupable subira le *maximum* de la peine des travaux forcés à temps. » Le § 4 du

nissable « viol » implique la violence comme procédé d'exécution. Mais, enfin, en l'absence de toute définition, on peut admettre que le viol consistant dans le fait d'abuser d'une femme sans le concours de sa volonté, le défaut de consentement peut résulter, non seulement d'une violence physique ou morale, mais aussi d'une simple surprise. La violence est, au contraire, une condition constitutive de l'attentat à la pudeur puni par l'art. 332. A la vérité, dans le silence de la loi sur le caractère de cette violence, on peut admettre que la violence physique n'est pas indispensable, que la violence morale suffit. Mais encore faut-il qu'il y ait violence, et il semble difficile d'assimiler à la violence, de quelque nature qu'elle soit, un simple défaut de volonté ou de consentement. V. *Journal du ministère public*, 1885, p. 145. Mais la jurisprudence ne fait même pas cette différence.

même article, relatif à l'attentat à la pudeur avec violence, contient une disposition analogue : « Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans accomplis, le coupable subira la peine des travaux forcés à temps. »

Ainsi, l'âge qui, dans l'attentat à la pudeur sans violence, est une *condition* même du crime, constitue une *circonstance aggravante* de l'attentat à la pudeur avec violence ou du viol. De ce caractère résulte cette double conséquence : 1° qu'il appartient au jury de déclarer, en cas d'incertitude sur ce point, quel est l'âge de la victime[1] ; 2° et que la circonstance tirée de ce que la victime avait moins de quinze ans doit, à peine de nullité, être détachée de la question principale et faire l'objet d'une question secondaire[2].

1836. *Qualité de l'agent.* — Par suite des modifications apportées au Code pénal en 1863, l'aggravation basée sur la qualité de l'agent frappe, aujourd'hui, indistinctement : 1° le crime d'attentat à la pudeur sans violence, commis sur un enfant de moins de treize ans (C. p., art. 331) ; 2° le crime de viol envers une femme âgée de plus de quinze ans (C. p., art. 332, § 1er) ; 3° le crime de viol envers un enfant de moins de quinze ans (C. p., art. 332, § 2) ; 4° le crime d'attentat à la pudeur avec violence sur une personne âgée de plus de quinze ans (C. p., art. 332, § 3) ; 5° le crime d'attentat à la pudeur avec violence sur un enfant de moins de quinze ans (C. p., art. 332, § 4). La peine est élevée, dans le cas d'attentat à la pudeur sans violence, à celle des travaux forcés à temps, et, dans les cas de viol et d'attentat à la pudeur avec violence, à celle des travaux forcés à perpétuité. Ainsi, tandis que la peine de l'at-

§ CVIII. [1] Il a été jugé que le jury étant seul compétent pour résoudre la circonstance d'âge de la victime, la cour d'assises commettrait un excès de pouvoir en statuant sur cette circonstance (Cass., 8 nov. 1838, *B. cr.*, n° 346); et que, par conséquent, la cour d'assises ne pourrait suppléer à l'absence de déclaration à cet égard, même en se fondant sur l'acte de naissance de la victime (Cass., 1er oct. 1834, S. 34. 1. 767).

[2] Jurisprudence constante : Cass., 2 janvier 1874 (D. 75. 5. 129); 6 janvier 1881 (*B. cr.*, n° 3); 15 mai 1884 (*B. cr.*, n° 168); 5 mars 1885 (*B. cr.*, n° 75). *Sic*, Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1588; Blanche, t. V, n° 109.

tentat à la pudeur avec violence est, en général, moins élevée que celle du viol, la loi met ces deux crimes sur la même ligne et les punit de la même peine, lorsqu'ils sont accompagnés de l'une des circonstances aggravantes prévues par l'article 333.

Le seul des crimes d'attentat à la pudeur qui échappe à l'application de ce système d'aggravation, par suite de sa nature exceptionnelle, est l'attentat sans violence, commis par un ascendant sur un mineur âgé de treize ans ou plus et non émancipé par le mariage.

Aujourd'hui, par conséquent, la qualité d'ascendant de la victime, chez l'individu coupable d'un attentat à la pudeur, a le caractère, tantôt d'un *élément constitutif*, tantôt d'une *circonstance aggravante* du crime; d'un élément constitutif, dans l'attentat à la pudeur sans violence sur l'enfant qui aurait atteint ou dépassé treize ans, tant que cet enfant est mineur, et non émancipé par mariage; d'une circonstance aggravante, dans l'attentat à la pudeur sans violence sur un enfant de moins de treize ans, et dans tout viol ou attentat violent à la pudeur, quel que soit l'âge de la victime.

1837. L'article 333 est ainsi conçu : « *Si les coupables sont les ascendants de la personne sur laquelle a été commis l'attentat, s'ils sont de la classe de ceux qui ont autorité sur elle, s'ils sont ses instituteurs ou ses serviteurs à gages, ou serviteurs à gages des personnes ci-dessus désignées, s'ils sont fonctionnaires ou ministres d'un culte, ou si le coupable, quel qu'il soit, a été aidé dans son crime par une ou plusieurs personnes, la peine sera celle des travaux forcés à temps, dans le cas prévu par l'article 331, et des travaux forcés à perpétuité, dans les cas prévus par l'article précédent.* »

Le principe d'une aggravation, basée sur la qualité du coupable, est consacré par une longue tradition. On voit le droit romain de l'empire punir plus sévèrement le stupre, lorsque ce fait est commis par le tuteur ou le curateur de la victime[3], ou

[3] L. un., C. *si quis eam cujus sit fuor. corrup.* : « *Si tutor pupillam quondam suam violata castitate stupraverit, deportationi subjugetur, atque universæ ejus facultates fisci juribus vindicentur.*

par un juif sur une fille chrétienne[4], ou enfin par un esclave sur sa maîtresse[5]. L'ancien droit français avait conservé la distinction entre le stupre simple et le stupre aggravé par la qualité du coupable. « Les personnes majeures ou mineures, porte l'article 3 de la Déclaration du 22 novembre 1730, qui se trouveront seulement coupables d'un commerce illicite, seront condamnées à telles peines qu'il appartiendra suivant l'exigence des cas, sans néanmoins que les juges puissent prononcer contre elles la peine capitale, si ce n'est que, par l'autorité des circonstances, *par la qualité et l'indignité des coupables*, ce crime parût mériter le dernier supplice : ce que nous laissons à l'honneur et à la conscience des juges. » Et Muyart de Vouglans[6], expliquant ce qui était en usage de son temps, nous dit : « Il paraît d'après les arrêts, que l'on a suivi les distinctions faites tant par cette loi que par le droit romain, en ce que les peines y sont augmentées ou diminuées suivant les circonstances, mais surtout suivant la qualité de ceux qui commettent ce crime ou de ceux envers qui il est commis : on veut dire que l'on est dans l'usage de prononcer les peines corporelles et même les capitales dont il est parlé dans cette loi, contre ceux qui abusent de l'indignité de leur état et de l'ascendant que leur donne leur qualité sur de jeunes personnes, pour parvenir à la consommation de ce crime, tels que les esclaves, les juifs, les tuteurs et les curateurs. A quoi il faut joindre le geôlier qui abuse de sa prisonnière, le médecin de sa malade, le maître à chanter ou à danser de son écolière, le curé de sa paroissienne, le confesseur de sa pénitente, et le seigneur de la fille de son vassal. » La législation moderne a recueilli ces traditions[7] : elle applique une peine aggravée lorsque les coupables avaient, sur la personne qui a été victime de l'attentat, une autorité qui leur imposait des devoirs plus rigoureux, et, lorsque leurs fonctions ou leur caractère leur permettaient d'exercer une influence dont ils au-

L. 6, C. *de judiciis.*

[5] L. 1, C. *de mulieribus quæ sev. prop. se junx.*

[6] *Lois criminelles*, p. 213. Cfr. Jousse, *op. cit.*, t. III, p. 709 à 718.

[7] Ce principe d'aggravation avait été négligé, cependant, par le Code pénal de 1791.

raient indignement abusé[8]. Nous allons examiner les diverses applications de cette idée.

1838. I. La première cause d'aggravation résulte de ce que le coupable est l'*ascendant* de la personne sur laquelle l'attentat a eu lieu. Le Code pénal de 1810 ne contenait pas de disposition spéciale à ce sujet. Il se bornait à énoncer en général : « Ceux qui ont autorité sur la personne envers laquelle ils ont commis l'attentat; » et la question s'était élevée de savoir si l'on pouvait considérer, comme rentrant dans cette catégorie, l'ascendant qui avait commis un attentat sur sa fille ou petite-fille majeure[9]. Pour faire cesser toute difficulté, la loi du 28 avril 1832 indiqua nommément les ascendants, de sorte que, depuis cette époque, il est certain que tout ascendant légitime, naturel ou adoptif[10], qui commet un attentat à la pudeur avec violence ou un viol sur un de ses descendants, encourt l'aggravation de peine, quel que soit l'âge de la victime[11].

1839. II. La seconde cause d'aggravation, énoncée dans l'article 333, résulte de l'*autorité* que le coupable avait sur sa victime au moment de l'attentat. Mais de quelle autorité s'agit-il? Par autorité, en cette matière, le Code pénal entend la puissance que des personnes exercent sur d'autres personnes qui leur sont subordonnées. On peut en distinguer de deux espèces :

[8] Un système analogue est suivi par le Code pénal belge (art. 377), le Code pénal italien (art. 331 à 333).

[9] La Cour de cassation avait jugé la négative : « Attendu que l'autorité des père et mère cesse par la majorité ou l'émancipation des enfants. » Cass. (Ch. réun.), 6 décembre 1828, Crosnier. Il semble, du reste, que la Cour de cassation avait confondu les effets de la puissance paternelle avec l'autorité du père, laquelle subsiste même après la majorité (C. civ., art. 148 et 152). Mais la critique de cette jurisprudence n'a plus, aujourd'hui, d'intérêt.

[10] Cf. Blanche, t. V, n° 114, et Cass., 25 mars 1843 (S. 43. 1. 530), pour les ascendants naturels.

[11] La loi, comme nous l'avons déjà dit, n'a pas compris les ascendants par alliance parmi les ascendants. Mais si l'aggravation de peine n'est pas applicable, d'une manière absolue, à l'ascendant par alliance qui commet un attentat à la pudeur avec violence ou un viol sur un descendant de son allié, elle peut lui être appliquée, s'il est reconnu qu'il exerçait une autorité de fait.

qu'exercent les instituteurs, ni dans la surveillance qui leur incombe sur la victime de l'attentat, que cette aggravation puise sa raison d'être, mais dans la confiance qui leur est accordée et la familiarité que leur permettent leurs fonctions. Or, cette confiance et cette familiarité tiennent de leur titre même et sont indépendantes de toute autre circonstance.

1841. IV. La quatrième circonstance aggravante dérive de la qualité de *serviteur à gages*, soit de la personne sur laquelle l'attentat a été commis, soit des ascendants ou instituteurs de cette personne, soit enfin de ceux qui ont autorité sur elle. L'ancien article 333 ne mentionnant que les serviteurs à gages de la personne sur laquelle l'attentat avait été commis, on s'était demandé s'il était applicable au serviteur à gages qui se rendait coupable de viol sur la personne de la fille de son maître [18]. Pour mettre fin à toutes les indécisions de la jurisprudence, la loi du 28 avril 1832 a modifié le texte, qui atteint, sans difficulté, aujourd'hui, les serviteurs à gages de la victime, comme les serviteurs à gages de ses ascendants, de ses instituteurs et de ceux qui ont autorité sur elle [19]. C'est qu'en effet, la loi a dû frapper plus sévèrement l'auteur d'un attentat à la pudeur qui abuse de sa fonction de domestique pour commettre cet attentat sur l'une des personnes de la famille et qui porte ainsi le désordre dans la maison même où il est admis. En dehors du caractère outrageant pour la pudeur qui lui est propre, l'acte, à raison de la qualité de son auteur, constitue un *abus de confiance* caractérisé, et mérite une répression plus sévère. Il ne faut donc pas hésiter à admettre, avec la Cour de cassation [20], que si le coupable et la victime sont tous les deux domestiques

Hélie, t. IV, n° 1596. L'aggravation de peine a été également appliquée au fils d'un instituteur que son père avait chargé de surveiller ses élèves et de leur faire réciter leurs leçons, et auquel il avait ainsi délégué une partie de son autorité. Colmar, 9 juin 1863 (D. 64. 2. 60 ; S. 64. 2. 145).

[18] *Cfr. Cass.*, 6 septembre 1821 (*B. cr.*, n° 147).

[19] L'aggravation de peine est donc applicable au domestique qui commet un viol ou un attentat à la pudeur sur la fille de son maître. Cfr. Cass., 2 août 1878 (S. 79.1.44).

[20] Cass., 16 mars 1854 (D. 54. 1. 163, S. 54. 1. 415).

dans la même maison, l'aggravation est applicable, puisque l'auteur du crime est serviteur à gages de la personne qui avait autorité sur la victime.

1842. V. La dernière situation qui aggrave l'attentat à la pudeur ou le viol est la qualité de *fonctionnaire public* ou de *ministre d'un culte.* Nous savons déjà à quelles catégories de personnes s'appliquent ces qualifications. Mais l'aggravation légale est-elle encourue par cela seul et par cela même que l'auteur de l'attentat a la qualité de fonctionnaire public ou de ministre d'un culte? Ne faut-il pas encore que le fonctionnaire public ou le ministre d'un culte ait abusé de l'autorité et des facilités que ses fonctions ou son ministère lui procurent pour commettre le crime? De ces deux interprétations, si la première est plus conforme au texte et à son histoire[21], la seconde est certainement plus rationnelle[22]. Ce que la loi a voulu punir, en effet, c'est l'*abus d'une situation ;* quand la fonction ou le ministère de celui qui commet un attentat à la pudeur n'a pu exercer aucune influence sur la perpétration du crime, on ne voit pas de motif bien sérieux pour traiter le fonctionnaire public ou le ministre d'un culte autrement que tout autre citoyen[23]. La jurisprudence est cependant arrêtée en ce sens que la qualité de fonctionnaire ou de ministre d'un culte est, par elle-même et par elle seule, une circonstance aggravante, indépendamment de toute relation de la fonction ou du ministère avec la perpétration de l'attentat[24].

[21] Un député avait demandé, dans la discussion de la loi de 1832, que les termes de l'article 333 fussent restreints au cas où le fonctionnaire aurait abusé de l'autorité et des facilités que ses fonctions lui procurent. Mais cet amendement fut rejeté sans discussion. Cfr. Blanche, t. V, n° 132.

[22] Dans le sens de cette opinion : Chauveau et Hélie, t. VI, n° 1599.

[23] « Les fonctionnaires publics ou les ministres d'un culte, disait, il est vrai, Monseignat au Corps législatif, doivent aux autres citoyens l'exemple d'une conduite pure et sans tache ; plus répréhensibles quand ils tombent en faute, plus coupables quand ils commettent des crimes, ils doivent être punis davantage. » Locré, t. XXX, p. 521. Mais si ce motif avait quelque apparence de vérité, il faudrait considérer la qualité de fonctionnaire public comme étant, par elle-même, une circonstance aggravante de tout crime ou délit commis par un fonctionnaire. Or, tout autre est le système de l'article 198 du Code pénal.

[24] Pour les fonctionnaires : Cass., 9 juin 1853 (S. 53.1.463); 5 mai 1859

l'*autorité légale* ou *de droit*, qui prend sa source dans la loi elle-même, comme celle dont le mari est investi sur sa femme (C. civ., art. 213 et suiv.), le tuteur sur son pupille (C. civ., art. 50), les pères et mères sur leurs enfants (C. civ., art. 371 et 372), les maîtres sur leurs domestiques et ouvriers (C. civ., art. 1384, 1799, 1780); et l'*autorité morale* ou *de fait*, qui dérive, non de la loi, mais des circonstances et de la position des personnes; telle que l'autorité du beau-père sur sa belle-fille, du concubin sur les enfants de la femme avec laquelle il vit, de l'oncle, du père nourricier, de celui qui recueille un enfant, à la mort de son père ou de sa mère, des curateurs et des conseils judiciaires sur les mineurs émancipés et les prodigues dont les intérêts pécuniaires leur sont confiés, du second mari sur les enfants mineurs de sa femme[12], etc. Que l'autorité de fait ait les mêmes effets que l'autorité de droit au point de vue de l'aggravation édictée par l'article 333, c'est une solution généralement admise[13]. Le texte ne fait aucune distinction, et les motifs qui l'ont inspiré permettent encore moins d'en établir. La criminalité de l'attentat à la pudeur s'aggrave, en effet, en raison de l'influence morale que l'agent a pu exercer par sa situation ; or, les effets de cette influence sont évidemment les mêmes, quelle que soit la source d'où elle dérive[14]. Il y a cependant, au point de vue de la procédure, une différence essentielle à constater entre l'autorité de droit et l'autorité de fait. La première, résultant virtuellement de la qualité qui l'engendre, il suffit qu'il soit constaté, dans la question posée au jury et dans sa déclaration, que le coupable a cette qualité au moment de l'attentat[15], qu'il

[12] *Sic*, Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1592; Blanche, t. V, n° 115. Cependant, certains auteurs ont voulu restreindre la disposition de l'article 333 aux seules personnes qui sont investies d'une autorité légale. Carnot, *op. cit.*, t. II, p. 115; Haus, *Observ. sur le Code pénal belge*, t. III, p. 7. Mais cette opinion est, aujourd'hui, abandonnée.

[13] Cass., 22 décembre 1892 (D. 93. 1. 432).

[14] La jurisprudence admet, sans difficulté, que l'autorité de fait constitue la circonstance aggravante comme l'autorité de droit. V. le rapport de M. le conseiller F. Hélie, affaire Colomban (D. 69. 1. 389).

[15] Il faut, en effet, que l'existence de cette autorité, au moment de l'at-

est le mari, le tuteur, par exemple, pour que l'aggravation de peine soit légalement et nécessairement encourue. L'autorité de fait ne résultant que du concours des circonstances multiples qui la produisent, il est, au contraire, nécessaire, que le jury soit interrogé, non sur le titre même, par exemple sur la qualification d'oncle, curateur, conseil judiciaire, beau-père, mais sur la situation ou les faits d'où l'autorité dérive. Ainsi, par exemple, aucune autorité de droit n'étant attachée à la qualité d'oncle, l'accusé, déclaré coupable d'un attentat à la pudeur, avec cette circonstance qu'il était l'*oncle de la victime*, est illégalement condamné à l'aggravation de peine prononcée par l'article 333 du Code pénal, si la déclaration du jury n'affirme pas, en outre, l'existence de rapports domestiques, impliquant l'existence d'une autorité de fait sur l'enfant qui a été l'objet de l'attentat[16].

1840. III. La troisième cause d'aggravation, mentionnée dans l'article 333, résulte de la qualité d'*instituteur* de la personne sur laquelle l'attentat a été commis. L'expression « instituteur, » dont se sert la loi, doit être prise dans son sens le plus large; elle embrasse tous les maîtres, auxquels est confiée l'*instruction* ou l'*éducation* de la jeunesse, qu'ils aient des établissements d'enseignement ou qu'ils soient appelés dans les maisons particulières[17]. En effet ce n'est pas précisément dans l'autorité

tentat, soit constatée : Cass., 17 janvier 1884 (*B. cr.*, n° 13); 7 août 1884 (*B. cr.*, n° 261).

[16] Cass., 3 octobre 1862 (D. 62. 5. 342; S. 63. 1. 168). Ainsi, la seule constatation que l'attentat a été commis sur une domestique par le *fils de son maître* ne suffit pas à établir l'autorité d'où dérive l'aggravation de peine : Cass., 6 octobre 1864 (D. 65. 1. 145). Il a été également jugé que la question posée au jury de savoir si l'accusé d'un viol était, en sa qualité de père nourricier de la fille violée, de la classe de ceux qui avaient autorité sur celle-ci, est nulle si elle ne porte pas, en même temps, sur les éléments de fait d'où résulterait cette autorité: Cass., 11 décembre 1856 (D. 57. 1. 72). Cfr. dans le même sens : Cass., 6 avril 1866 (D. 66. 5. 35); 24 novembre 1866 (D. 67. 5. 115).

[17] C'est ainsi que la qualité de *professeur* est, tout aussi bien que celle d'*instituteur*, aggravante du crime de viol ou d'attentat à la pudeur avec violence, lorsqu'il résulte des faits établis, que l'individu, revêtu de cette qualité, avait autorité sur la victime, à laquelle il donnait des leçons : Cass., 9 août 1867 (D. 68. 5. 32). *Sic*, Jousse, *op. cit.*, t. III, p. 737; Chauveau et

deux personnes qui se sont volontairement unies, il est utile de pousser, par l'espérance de l'impunité, l'individu qui a déshonoré une femme à lui accorder une réparation adéquate au préjudice qu'elle a éprouvé. Nous constatons, avec regret, que ces idées sont restées, jusqu'ici, étrangères à la législation française.

1845. Les deux crimes prévus par l'article 331 peuvent être présentés au jury, dans leurs éléments les plus simples, sous la forme suivante :

N... est-il coupable d'avoir (ici, la date) commis un attentat à la pudeur consommé ou tenté avec violence sur la personne de X..., âgé de moins de treize ans?

N... est-il coupable d'avoir (ici, la date), étant l'ascendant du nommé... *ou* de la nommée..., commis un attentat sans violence sur la personne dudit... *ou* de ladite..., mineur de vingt et un ans et non émancipé par le mariage?

Quant à l'attentat à la pudeur avec violence, sans circonstance aggravante, prévu par l'article 332, § 3 :

N... est-il coupable d'avoir (ici, la date) commis un attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence, sur la personne de X...?

Bien que comprenant, à la fois, la *consommation* et la *tentative* du fait incriminé, la question n'est pas complexe, puisque le crime tenté ne se distingue pas, en matière d'attentat à la pudeur, du crime consommé, soit au point de vue de la peine, soit au point de vue des éléments constitutifs.

Mais pour l'accusation de viol, il faut séparer, dans la question, ces deux phases de l'incrimination :

N... est-il coupable d'avoir (ici, la date) commis un viol sur la personne de la nommée...?

N... est-il coupable d'avoir (ici, la date) tenté de commettre un viol sur la personne de la nommée..., laquelle tentative, manifestée par un commencement d'exécution, n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur?

Quand plusieurs attentats à la pudeur sont reprochés à l'accusé, il y a lieu de faire une distinction, suivant que l'accusé

est poursuivi pour une série de faits commis sur la même personne, ou suivant que les attentats ont été commis sur des personnes différentes. Dans le premier cas, une même question peut, sous forme alternative, comprendre tous les attentats, puisqu'ils présentent les mêmes caractères, qu'ils sont accomplis sur la même personne, dans les mêmes conditions, et entraînent les mêmes conséquences pénales [32] : « N... est-il coupable d'avoir, en 1898, 1899, à Lyon, commis un ou plusieurs attentats à la pudeur...? » Mais il en serait autrement dans le second cas. Il y aurait vice de complexité dans la question unique qui soumettrait au jury deux attentats à la pudeur commis, par exemple, sur deux enfants [33].

Le fait principal ayant été présenté au jury, chacune des circonstances aggravantes de l'attentat à la pudeur et du viol doit faire l'objet d'une question distincte et séparée.

L'âge (art. 332 §§ 2 et 3). — Ladite... *ou* ledit... était-elle *ou* était-il au moment de l'action (viol ou attentat violent à la pudeur), âgé de moins de quinze ans accomplis?

La qualité du coupable (art. 333). — N... est-il le père ou le grand-père, etc..., de la personne sur laquelle l'attentat a été commis?

N... était-il le mari *ou* le tuteur, etc., de la personne susdésignée au moment où l'attentat a été commis?

N... était-il, au moment de l'attentat (énumérer toutes les circonstances qui pourront permettre aux juges de reconnaître qu'il y avait autorité de fait; par exemple), l'oncle de la mineure, laquelle habitait avec lui et n'avait plus ni père ni mère?

N... était-il, au moment de l'attentat, l'instituteur ou le professeur de X...?

N... était-il, au moment de l'attentat, serviteur à gages de X...?

N... était-il, au moment de l'attentat, le serviteur à gages d'un ascendant de la nommée... *ou bien* le serviteur (par

[32] Cfr. par exemple : Cass., 12 juin 1851 (*B. cr.*, n° 217) ; 20 juillet 1882 (*B. cr.*, n° 180).

[33] Cass., 13 juillet 1863 (*B. cr.*, n° 176), et l'arrêt précité du 20 juillet 1882.

exemple) de l'oncle de la nommée..., laquelle habitait avec lui et n'avait plus ni père ni mère ?

N... était-il, au moment de l'attentat, chef de service des contributions indirectes, *ou bien* préposé des douanes, etc. ?

N... était-il, au moment de l'attentat, curé de la paroisse de... ?

Il importe de remarquer, à propos des formules que nous proposons, que le jury juge le fait et non les qualifications légales du fait. D'où il suit que, dans la position des questions relatives aux circonstances aggravantes énumérées ci-dessus, il faut avoir soin d'interroger le jury, en fait, sur la qualité qui engendre l'autorité de droit ou la qualification de fonctionnaire, ou bien sur les diverses circonstances qui produisent l'autorité de fait. C'est à la cour qu'il appartiendra de reconnaître si ces circonstances doivent avoir, pour conséquence légale, l'aggravation de peine prononcée par l'article 333[34].

Concours de plusieurs personnes (art. 333). — N... a-t-il été aidé dans son crime par deux ou plusieurs personnes ?

[34] Ainsi, on demandera au jury, non pas si le coupable est fonctionnaire (ce serait lui poser une question de droit), mais s'il est employé du service actif des contributions indirectes. Cfr. Cass., 24 novembre 1866 (*B. cr.*, n° 245). V. également : Cass., 2 août 1878 (S. 79. 1. 44) : « Attendu que le jury devait être interrogé, non sur le point de savoir si la personne dont l'accusé était le serviteur à gages avait autorité sur la fille D..., mais sur les faits et circonstances d'où pouvait résulter cette autorité ; que, posée ainsi qu'elle l'a été, la question ne présentait aucun des éléments de fait nécessaire pour établir l'existence de la circonstance aggravante prévue par l'article 333 du Code pénal, et qu'elle se résumait dans une question de droit, en dehors de la compétence du jury. » Cfr. Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1594; Faustin Hélie, *Instruction criminelle*, t. VIII, n° 3697; Blanche, t. V, n° 138; Nougier, *op. cit.*, t. IV-I, n°s 2646 et suiv.

§ CIX. — DE L'EXCITATION A LA DÉBAUCHE[1].

(C. p., art. 334 et 335 ; L. 24 juill. 1889, art 1 § 1, art. 2 § 4).

1846. De l'excitation à la débauche. Difficulté pour tracer les limites précises de ce délit. Leurs causes. — **1847.** Les caractères constitutifs du délit sont au nombre de trois. — **1848.** Fait d'excitation à la débauche. Des personnes et des actes atteints par l'incrimination. — **1849.** Du proxénétisme. De l'excitation à la débauche dans l'intérêt des passions personnelles du corrupteur. Évolution de la jurisprudence. — **1850.** Précédents historiques. Travaux préparatoires du Code pénal. — **1851.** L'article 334 paraît avoir prévu l'excitation à la débauche sous quelque forme et par quelque procédé qu'elle se manifeste. Trois catégories de personnes rentrent dans ses prévisions. — **1852.** Réponse aux critiques. — **1853.** Modifications proposées et rejetées en 1863. — **1854.** En quoi consistent les faits d'exciter, favoriser ou faciliter la débauche ou la corruption? — **1855.** Second élément du délit. L'habitude. Ce qui la constitue. La pluralité de victimes n'est pas nécessaire. — **1856.** Troisième élément du délit. L'âge de la victime. — **1857.** L'élément intentionnel du délit n'a rien de spécifique. — **1858.** Le délit d'excitation à la débauche résulte des actes propres au proxénète ou au corrupteur sans qu'il y ait à se préoccuper des suites du délit et de la corruption qui a pu en être la conséquence. — **1859.** De la complicité en matière d'excitation à la débauche. Du séducteur. Conditions qui doivent être réunies pour qu'il soit considéré comme complice. — **1860.** Le Code pénal a fait de la qualité de l'agent de corruption une circonstance aggravante du délit. — **1861.** L'habitude est nécessaire pour constituer le délit aggravé comme le délit simple. — **1862.** Personnes chargées de la surveillance du mineur. — **1863.** Pénalités du délit d'excitation à la débauche. — **1864.** Déchéance de la puissance paternelle. Loi du 24 juillet 1889.

1846. Si tout individu est maître de son corps comme de son intelligence, s'il est même libre de se dépraver, sans que la collectivité puisse intervenir, nul n'a le droit, par des actes personnels, de chercher à dépraver les autres. Et quand un débauché excite d'autres personnes à accomplir des actes d'immoralité, qui, pris en eux-mêmes, seraient indifférents, l'intervention de la loi pénale se justifie à son égard, parce que l'acte individuel se répercute

§ CIX. [1] Bibliographie : *Quels sont exactement le sens, le but et la portée de l'article 334 du Code pénal* (*Journ. du droit crim.*, 1854, p. 201); *L'article 334 du Code pénal est-il applicable à la fille publique qui se prostitue successivement à plusieurs mineurs, en présence les uns des autres* (*Journ. du droit crim.*, 1859, p. 241) ; Gastambide, *De l'attentat aux mœurs prévu par l'article 334 du Code pénal* (*Rev. Wolowski*, t. IX, p. 70).

sur le milieu social et se résout en un préjudice collectif. C'est donc à bon droit que la plupart des législations punissent ceux qui excitent autrui à la *prostitution* ou à la *corruption*, ceux qui la favorisent ou la facilitent. Le premier fait (exciter à la prostitution ou la favoriser) est connu, dans la terminologie scientifique, sous le nom de *proxénétisme;* on réserve d'ordinaire au second la qualification d'*excitation à la débauche.* Le Code pénal français comprend ces deux formes de délit sous la même incrimination. Il y a déjà, dans ce rapprochement et cette confusion, une cause de difficultés[2]. Mais ce n'est pas la seule. L'excitation à la corruption et l'excitation à la prostitution ont, dans la plupart des législations modernes, un caractère commun : les agents qui s'en rendent coupables tombent sous le coup de la loi pénale, bien que les actes qu'ils favorisent ou facilitent soient en eux-mêmes impunis. Le Code pénal français, par exemple, passe indifférent à côté des faits de la plus honteuse immoralité, il ne les incrimine que lorsqu'ils constituent une atteinte à la liberté d'autrui ou un outrage à la pudeur de tous ; et, cependant, ce même Code punit les individus qui, dans certaines conditions d'âge et d'habitude, excitent à commettre ces actes, les favorisent ou les facilitent. Or, la mesure dans laquelle l'*excitation à la débauche*, fait punissable, se distingue de l'*acte même de débauche*, fait impuni, est une nouvelle cause de difficulté, peut-être même la principale.

Les limites entre l'immoralité et le délit ne sont, nulle part, en effet, plus incertaines et plus fuyantes que dans cette forme d'attentat aux mœurs. Et pour interpréter des dispositions, nécessairement aussi vagues que les faits mêmes qu'elles prévoient, on peut se laisser dominer par l'une ou l'autre de ces

[2] Le Code pénal italien distingue l'excitation à la corruption pour servir aux passions du coupable du trafic qui provoque à la débauche. Voy., pour le premier fait, l'art. 335, ainsi conçu : « Quiconque au moyen d'actes de débauche corrompt une personne mineure de seize ans, est puni de la réclusion, qui peut être portée à trente... ». Le second fait l'objet d'un chapitre spécial intitulé : *Du proxénétisme* (art. 345 à 348). Si cette distinction existait dans le Code français, les variations de jurisprudence qui se sont produites, relativement à l'interprétation de l'art. 334, auraient été évitées.

deux tendances : ou bien restreindre l'incrimination à un fait bien déterminé, le proxénétisme; ou bien l'étendre à toute excitation à l'immoralité, quel qu'en soit le mobile et quel qu'en soit le but. La jurisprudence française a singulièrement évolué à ce point de vue; mais ses incertitudes et ses oscillations s'expliquent d'elles-mêmes. S'il est difficile, en effet, pour des magistrats, lorsqu'ils se trouvent en face d'actes immoraux ou dépravés, de ne pas chercher, en étendant au besoin les termes de la loi, à les comprendre dans les dispositions répressives, il n'est pas possible non plus, quelque désir qu'on en ait, de faire abstraction complète des précédents historiques et de l'intention bien certaine du législateur qui a voulu punir, non pas tous les actes de débauche, mais surtout les actes que nos anciens auteurs désignaient sous la qualification expressive de « maquerellage ».

L'article 334 § 1er, qui définit le délit, est ainsi conçu : « *Quiconque aura attenté aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de vingt et un ans, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de 50 à 500 francs.* »

1847. Les caractères constitutifs du délit sont : 1° le fait d'excitation à la débauche; 2° l'habitude; 3° l'âge de la victime.

1848. A propos de la première condition, deux questions principales se posent. Il s'agit de savoir d'abord si l'excitation à la débauche ne peut être imputable qu'aux personnes qui en font métier et trafic. Il s'agit ensuite de déterminer et d'apprécier quels actes constituent le fait d'exciter, faciliter ou favoriser la débauche. L'*élément matériel* du délit doit donc être examiné soit au point de vue des *personnes*, soit au point de vue des *faits* auxquels s'adapte l'incrimination.

1849. Ceux qui font métier d'exciter les mineurs à la débauche, les *proxénètes*, dont le seul but, en servant la passion d'autrui, est le profit qu'ils peuvent en retirer, sont tout d'abord visés par la loi. Mais ceux qui excitent à la débauche pour satisfaire leurs propres passions, qui agissent comme *corrupteurs* mais non comme *intermédiaires de corruption*, tombent-ils également sous le coup de l'article 334? Les évolutions mêmes

de la jurisprudence française montrent bien les difficultés de la question.

On peut ramener ses variations à trois phases principales. *a*. Jusqu'en 1840, la Cour de cassation a constamment jugé que l'article 334 punit indistinctement ceux qui trafiquent de la corruption de la jeunesse, qui l'excitent à la débauche et lui en facilitent les moyens pour la livrer à la prostitution, et ceux qui, pour satisfaire leurs propres passions, attirent des enfants mineurs et en font les instruments de leurs débauches[3]. *b*) Mais à partir de cette époque, la jurisprudence décide, au contraire, que le délit d'excitation à la débauche concerne le proxénète qui agit pour satisfaire les passions d'autrui, mais non le débauché qui n'a d'autre but, en corrompant des mineurs, que de satisfaire ses propres passions[4]. Ces deux systèmes extrêmes peuvent s'appuyer, le premier sur le texte même de l'article 334, pris à la lettre, le second sur ses précédents historiques. Mais la vérité nous paraît être entre les deux opinions. Il n'est pas plus exact de dire que l'incrimination s'applique à toute personne qui corrompt un mineur, que de soutenir qu'elle ne s'applique qu'aux seuls proxénètes. *c*) Aussi la jurisprudence ac-

[3] Sur cette première phase, on consultera principalement : Blanche, t. IV, n° 142 et les arrêts qu'il analyse. *Adde :* Cass., 5 juillet 1834 (S. 34. 1. 844) ; 4 janvier 1838 (S. 38. 1. 254); 26 juin 1838, ch. réun. (S. 38. 1. 254); 17 août 1839 (S. 40. 1. 180). Pendant cette période, la Cour de cassation jugeait, — et l'on retrouve cette formule dans presque tous ses arrêts, — que « l'article 334 du Code pénal dispose d'une manière générale; qu'il punit indistinctement ceux qui trafiquent de la corruption de la jeunesse, qui l'excitent à la débauche et lui en facilitent les moyens, pour la livrer à la prostitution, et ceux qui, pour satisfaire leurs passions, attirent à eux des enfants mineurs et les rendent victimes de leurs propres dérèglements. »

[4] Cette doctrine, posée en principe par les arrêts des chambres réunies des 18 juin 1840 (S. 40. 1. 656) et 17 mai 1841 (S. 41. 1. 472) a été, depuis, consacrée par un grand nombre de décisions. Nous ne citerons que les plus importantes. V. par exemple : Cass., 11 juin 1841 (S. 42. 1. 182) ; 19 juillet 1845 (D. 45. 1. 362); 12 mai 1848 (S. 49. 1. 78; D. 48. 5. 18); 20 septembre 1850 (D. 50. 5. 36) ; 24 mars 1853 (S. 54. 1. 657 ; D. 53. 5. 30); 19 août 1853 (D. 53. 1. 273); 1er mai 1854 (S. 54. 1. 657); 15 mars 1860 (S. 61. 1. 196 ; D. 60. 1. 514) ; 21 août 1863 (S. 63. 1. 511).

tuelle de la Cour de cassation s'est départie, depuis quelques années, des deux opinions trop absolues qu'elle avait successivement suivies, pour s'arrêter à un système intermédiaire. Elle applique l'article 334, non seulement aux tristes individus qui font métier de proxénétisme, mais encore à tous ceux qui, en dehors d'une entremise proprement dite, cherchent à corrompre des mineurs et à propager le vice. Les seuls actes qui échappent aux prévisions de la loi sont les actes de *séduction personnelle et directe* qui ne se compliquent d'aucun autre élément de nature à leur donner le caractère d'excitation à la débauche. Ces formules, quelque peu abstraites, ont besoin d'être expliquées.

1850. Bien que les termes de l'article 334 soient aussi larges que possible, bien qu'il semble résulter des premiers mots du texte (*quiconque*) que toute personne puisse commettre les faits qu'il incrimine, il est certain que cette disposition a été surtout édictée en vue de punir le proxénétisme [5]. C'est à ce honteux commerce (*lenocinium*) que le droit romain [6] et l'ancien droit avaient restreint leurs prévisions [7]. Sans doute, la corruption, exercée dans l'intérêt des passions personnelles du corrupteur, et la séduction directe pouvaient, suivant les circonstances, constituer des délits, mais ces délits étaient distincts du délit de proxénétisme, qui consistait, suivant la définition de Jousse,

[5] La Cour de cass., dès 1856, déclarait l'art. 334 applicable à quiconque satisfaisait ses passions avec des mineurs, en présence d'autres mineurs (Cass., 10 janv. 1856, S. 56. 1. 472; D. 59. 1. 35). Elle étendit ensuite cette application à celui qui se borne à des attouchements obscènes devant des mineurs (Cass., 13 nov. 1856, S. 57. 1. 490); puis, à celui qui, en présence de mineurs, a des relations sexuelles avec une femme majeure (Cass., 26 déc. 1879, S. 80. 1. 328). Elle l'a même étendu à celui qui accomplit des actes immoraux en présence d'un seul mineur (Cass., 6 nov. 1884, *Journ. des parq.*, 84. 2. 83).

[6] L. 4, § 2, D., *de his qui not.* : « *Lenocinium facit qui mancipia habuerit; sed et qui in liberis hunc quæstum exercet in eadem causa est. Sive autem principaliter hoc negotium gerat, sive alterius accessione utatur, lenocinii pœna tenebitur.* » Cfr. L. 8, *prin.*, L. 9, D., *ad. leg. Jul. de adult.* On trouvera, dans Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. IV, n° 1529, l'analyse de la législation romaine sur ce point.

[7] Cfr. Caroline, § CXXII et CXXIII; Jousse, *op. cit.*, t. III, p. 810; Muyart de Vouglans, *op. cit.*, p. 216.

[illegible] en procurant des femmes ou des [illegible] de l'argent ou autrement, ou à attirer [illegible] lieux de débauche ou de prostitution [illegible] femmes et de filles qui exercent cet infâme [illegible] 19-22 juillet 1791, qui punissait ceux [illegible] la débauche ou corrompu les jeunes gens de [illegible] sexe, n'avait également en vue que l'intermé- [illegible], ainsi qu'il résulte d'un message adressé le [illegible] par le Directoire exécutif au Conseil des Cinq- [illegible] filles publiques, et dans lequel on lit : « La [illegible] 1791 a classé au nombre des délits soumis à la [illegible] correctionnelle la corruption des jeunes gens de l'un ou [illegible] sexe; elle en a déterminé la peine. Mais cette disposi- [illegible] que proprement au *métier infâme de ces êtres affreux* [illegible] *corrompent et prostituent la jeunesse.* » Et Merlin, qui rap- [illegible] message[10], ajoute : « Il en est de même de l'article 334 [illegible] Code pénal ». En effet, dans l'exposé des motifs, présenté [illegible] Monseignat au Corps législatif[11], on relève le passage suivant : « En nous occupant des attentats aux mœurs, comment ne pas signaler ces êtres qui ne vivent que pour et par la débauche; qui, rebut des deux sexes, se font un état de leur rapprochement mercenaire, et spéculent sur l'âge, l'inexpérience et la misère pour colporter le vice et alimenter la corruption? Des législateurs ne les ont punis que du mépris public; mais que peut le mépris sur des âmes aussi avilies? Punit-on par l'infamie des personnes qui en font leur élément? C'est par des châtiments, c'est par un emprisonnement et une amende que le projet de

[8] Jousse, *op.* et *loc. cit.*

[9] L'article 8 du titre 2 de la loi des 19-22 juillet 1791 porte : « Ceux qui sont prévenus d'avoir favorisé la débauche ou corrompu des jeunes gens de l'un ou de l'autre sexe, pourront être saisis sur-le-champ; » et l'article 9 reprend, dans son § 2 : « Quant aux personnes qui auraient favorisé la débauche ou corrompu les jeunes gens de l'un ou de l'autre sexe, elles seront, outre l'amende, condamnées à une année de prison. » On remarquera que les expressions dont s'était servi le législateur de cette époque ont passé dans l'article 334 du Code pénal de 1810.

[10] *Répert.*, t. II, p. 247.

[11] Locré, t. XXX, p. 521 et suiv.

loi cherche à atteindre ces artisans habituels de prostitution. » Passant à la disposition du § 2 de l'article 334, qui prévoit une circonstance aggravante du délit, Monseignat ajoutait : « Si l'on pouvait calculer les degrés de bassesse dans un métier aussi bas, ceux-là, sans doute, seraient les plus misérables qui serviraient ou exciteraient même la corruption des personnes placées sous leur surveillance ou leur tutelle, et notamment les pères et les mères (s'il était possible qu'il s'en trouvât) qui, abusant du dépôt précieux que la nature et la loi leur ont confié, *spéculeraient* sur l'innocence qu'ils sont chargés de protéger et de défendre, *échangeraient*, *contre l'or*, la vertu de leurs enfants, et se rendraient coupables d'un infanticide moral. » Enfin, parlant des peines accessoires que prononce l'article 335, il ajoute que ce texte permet aux juges « de mettre sous la surveillance spéciale du gouvernement les personnes éhontées dont l'*infâme trafic* appelle déjà toute la surveillance de la police ordinaire. »

1851. On serait donc bien autorisé à conclure, soit des précédents historiques que nous venons de rappeler, soit de l'esprit de la loi, tel qu'il ressort des travaux préparatoires, que le Code pénal de 1810 a surtout voulu prévoir et punir le proxénétisme. Mais ce serait, à notre avis, exagérer la portée de ses documents et ne tenir aucun compte des termes mêmes de l'article 334, que de prétendre limiter ses prévisions à cette forme unique du délit. S'il est vrai que celui-là seul qui corrompt pour le compte d'autrui peut être réputé *favoriser* ou *faciliter le libertinage*, il est non moins vrai que celui qui *excite à la débauche* peut le faire aussi bien pour son propre compte que pour le compte d'autrui. Or, des termes employés par la loi, il me semble bien résulter que tous ceux qui excitent, favorisent ou facilitent habituellement la débauche commettent le délit qu'elle prévoit, et que les faits qui constituent ce délit peuvent être commis par toute personne. Qu'en conclure? Sinon que, dans la même disposition, l'article 334 a compris deux formes d'attentat aux mœurs, le fait de s'entremettre pour favoriser ou faciliter le libertinage, et le fait d'exciter des mineurs à la débauche.

Qu'il y ait place pour deux incriminations, logiquement et

socialement distinctes, nous ne le contesterons pas[12]; mais que les deux faits soient de nature à rentrer dans les termes de l'article 334, c'est ce qu'il nous paraît impossible de nier. Le but de la loi, qui est de défendre la jeunesse contre la corruption, ne serait pas atteint si elle avait épargné celui qui l'excite à l'immoralité pour la satisfaction de sa passion personnelle, en ne punissant que celui qui la débauche pour la satisfaction d'autrui. Dans les législations qui érigent le proxénétisme en délit spécial, et qui punissent ce honteux trafic, quel que soit l'âge de ceux dont la débauche a été facilitée ou favorisée, la corruption de mineurs est parallèlement prévue et punie. Mais, dans la loi française, le proxénétisme ne forme pas un titre particulier d'incrimination; il n'est qu'un des procédés, le plus grave et le plus caractérisé sans doute, de cette incrimination générale, que la loi qualifie d'excitation de mineurs à la débauche. Il suffit donc que l'article 334 n'ait pas particularisé cette *espèce*, en punissant le *genre* même du délit auquel elle se rattache, pour que tous les actes par lesquels on facilitera, favorisera ou excitera la corruption soient punissables, si des mineurs en sont victimes.

a) Ainsi, l'article 334 ne punit pas seulement les proxénètes, c'est-à-dire ceux qui, moyennant un gain, font métier d'exciter, de faciliter ou de favoriser, pour autrui, la débauche de la jeunesse (*lenocinium quæstuarium*); il punit également ceux qui, sans pensée de lucre, se font intermédiaires de débauche (*lenocinium gratuitum*)[13]. En un mot, le délit peut exister en dehors des faits de proxénétisme proprement dits, c'est-à-dire indépendamment du trafic honteux qui caractérise le maquerellage. Tous les *entremetteurs* de corruption, quel que soit le mobile qui les fait agir, tombent sous le coup de la loi, à condition que les autres éléments du délit se rencontrent[14]. Il en est particulièrement

[12] Cfr. CHAUVEAU et HÉLIE, *op. cit.*, t. IV, n° 1534. Voy. C. p. italien, art. 335 et 345.

[13] C'est dans ce sens et avec cette portée qu'ont été rendus les arrêts suivants : Cass., 21 avril 1855 (S. 55. 1. 611; D. 55. 1. 221-222); 12 février 1865 (D. 66. 5. 32); 22 juillet 1880 (S. 81. 1. 44; D. 81. 1. 91).

[14] Voy. notamment, au point de vue du mobile : Cass., 12 juillet 1880, précité; 10 décembre 1896 (D. 97. 1. 269); 14 novembre 1892 (D. 94. 1. 498).

rement ainsi, de ces individus qui, pour ranimer leurs sens blasés, ont besoin de se donner le spectacle de scènes de débauche, et qu'on désigne sous le nom de « voyeurs ». Le fait habituel de réunir des mineurs, pour les dépraver mutuellement, rentre certainement dans les termes généraux de la loi. Et il importe peu que l'agent de corruption ait moins cherché à exciter les passions d'autrui qu'à satisfaire sa propre lubricité. La loi se montrerait bien imprévoyante, en effet, si, en punissant l'entremetteur qui procure des filles mineures à un débauché, elle ne punissait pas celui qui, dans l'intérêt de ses passions et d'une malsaine curiosité, facilite habituellement des rapprochements entre jeunes filles ou jeunes gens mineurs, ou entre majeurs et mineurs[15]. Tous ces individus sont des *intermédiaires* de corruption : ils s'entremettent pour favoriser ou faciliter la débauche.

b) Mais faut-il aller plus loin, et décider que l'attentat aux mœurs, prévu et puni par l'article 334, n'exige pas nécessairement l'*entremise* d'un tiers entre deux ou plusieurs personnes? Faut-il étendre au *libertinage* les dispositions qui punissent le *proxénétisme*? C'est sur ce terrain que les opinions les plus opposées se sont données carrière. Nous pensons que le fait d'exciter des mineurs à la corruption, pour servir à la satisfaction de ses propres passions, tombe également sous le coup de la loi. Mais pour tracer le cercle précis de l'incrimination, il faut partir d'une distinction essentielle, entre les *actes*

[15] Ainsi il a été jugé que l'article 334 s'applique : 1° à l'individu qui a préparé, combiné et habituellement ménagé des rapprochements obscènes entre des jeunes gens âgés de moins de vingt et un ans et des filles publiques, et s'est ainsi rendu l'agent intermédiaire des actes de débauche et de corruption consommés entre ces mineurs et ces filles, alors même qu'il n'a opéré lesdits rapprochements, qui avaient lieu sous ses yeux, qu'en vue d'exciter sa lubricité et de satisfaire ses goûts dépravés. Cass., 23 août 1855 (S. 55. 1. 847; D. 55. 1. 424); Angers, 1er septembre 1851 (D. 54. 5. 54); 2° au fait par un individu d'avoir, en opérant, dans des occasions réitérées, des rapprochements obscènes entre lui et des jeunes gens âgés de moins de vingt et un ans et entre ces jeunes gens entre eux, en les offrant en spectacle les uns aux autres, et en leur tenant des discours de nature à les pervertir, pris le rôle actif d'intermédiaire habituel et d'agent de débauche, alors même que cet individu aurait agi, non en vue d'un vil trafic, mais pour satisfaire ses goûts de débauche. Cass., 10 janvier 1856 (S. 56. 1. 472; D. 57. 1. 35).

d'excitation à la débauche et les *actes de séduction directe et personnelle.* Des exemples vont nous permettre de la saisir. Ainsi, l'individu qui se livre à des actes d'impudicité sur sa personne, en présence de jeunes filles ou de jeunes gens, qu'il attire séparément près de lui, dans le but de corrompre leur imagination, commet le délit d'excitation à la débauche [16]. Sans doute, il ne peut être considéré comme un intermédiaire entre les mineurs et des tiers inconnus, mais cette condition d'entremise, nécessaire lorsqu'il s'agit du fait de *favoriser* ou de *faciliter la débauche*, ne l'est pas lorsqu'il s'agit du fait d'*exciter à la corruption.* A plus forte raison, en est-il de même de l'individu qui se livre habituellement, en présence de mineurs, sur une autre personne, à des actes d'immoralité. N'est-ce pas, en effet, commettre un fait d'excitation à la débauche que d'éveiller ainsi les passions et de pervertir l'imagination de ces mineurs? Dans cette interprétation, par conséquent, la loi punit, non seulement les proxénètes proprement dits, non seulement ceux qui se font, à tout autre titre, des pourvoyeurs de débauche pour le compte d'autrui, mais encore ceux qui exécutent, en présence de jeunes gens ou de jeunes filles, un acte d'immoralité soit sur un majeur, soit sur un mineur, soit sur leur propre personne, enfin ceux qui, pour la satisfaction de leurs honteuses passions, provoquent, favorisent ou facilitent des scènes de débauche, auxquelles des mineurs ont participé [17]. Mais, à l'in-

[16] Dans ce sens : Cass., 13 novembre 1856 (S. 57. 1. 490; D. 56. 1. 469-470); 12 janvier 1867 (S. 67. 1. 192; D. 59. 5. 30); Dijon, 23 avril 1879 (S. 79. 2. 321). L'art. 334 a été déclaré applicable à la fille publique lorsqu'elle a eu des relations intimes avec des mineurs dans un but de lucre et non pour la satisfaction de sa passion personnelle, alors qu'elle les a attirés auprès d'elle et n'a pu se tromper sur leur état de minorité : Limoges, 27 février 1896 (Journ. des Parq., 1897, p. 39).

[17] C'est ainsi qu'il a été fréquemment jugé qu'il y a délit d'excitation habituelle de mineurs à la débauche, de la part de l'homme et de la femme qui, en satisfaisant à plusieurs reprises leurs passions personnelles en présence de mineurs, leur ont donné, sciemment et volontairement, le spectacle de la débauche. Cass., 27 avril 1854 (S. 54. 1. 657; D. 54. 1. 261); 26 décembre 1879 (S. 80. 1. 328); Lyon, 6 juillet 1869 (D. 69. 5. 30). V. Trib. Rocroi, 7 juil. 1876 (D. 77. 5. 36) et la note.

verse, ne tomberait point sous l'application de l'article 334, le fait, par un instituteur, d'avoir séduit une de ses élèves âgée de plus de treize ans, et d'avoir entretenu avec elle un commerce de libertinage pendant plusieurs années. Ici, les actes d'immoralité ne se compliquent d'aucun autre élément de nature à être incriminé[18]. On ne pourrait les punir, qu'en punissant le libertinage ou la séduction, en incriminant comme délit spécial l'habitude même de la débauche ou la séduction, en un mot en érigeant en délit l'attentat à la pudeur sans violence sur un mineur ayant dépassé l'âge de protection légale.

c) Mais cette séduction personnelle et directe, qui échappe à l'application de la loi pénale, peut-elle couvrir les *rapports antinaturels* d'un individu avec des mineurs, filles ou garçons? La séduction proprement dite est l'acte de celui qui fait succomber un fille mineure à ses désirs pour l'accomplissement d'un rapport naturel quoique illégitime. Mais peut-on dire qu'il y a simplement séduction personnelle dans des actes de pédérastie habituelle commis avec des mineurs? Bien que la jurisprudence de la Cour de cassation ne paraisse pas aller jusqu'à incriminer l'habitude de ces actes, il nous semble difficile de ne pas voir, dans de pareils faits, une excitation caractérisée à la corruption. La loi, sans doute, a compris, dans ses prévisions, non l'acte matériel qui constitue la corruption, mais l'attentat aux mœurs qui consiste à l'exciter à la faciliter. Mais n'est-ce pas fournir un instrument de débauche, que de chercher sa propre satisfaction, dans des rapports antinaturels et réciproques, un moyen de corruption, un procédé pour exciter l'imagination et les sens de jeunes gens qui deviennent, tout à la fois, les agents et les victimes de pareilles pratiques? Alors même qu'il serait démontré que la pensée du législateur ne s'est pas arrêtée à cette classe d'individus qui excitent la corruption sans autre mobile que celui du vice, il suffit qu'il ne les ait pas exclus de ses prévisions, pour les comprendre dans un système

[18] *Sic*, Cass., 21 août 1863 (S. 63. 1. 511); Angers, 15 décembre 1874 (D. 75. 2. 40. Voy. cependant : Dijon, 27 novembre 1878 (S. 79. 2. 233) et la note de M. Villey.

de répression qui a pour but de défendre la jeunesse contre la corruption qui la déprave, qui l'épuise, et qui tarit dans sa source les forces génératrices d'un pays.

1852. L'opinion moyenne que nous adoptons sur l'interprétation de l'article 334 du Code pénal a subi deux ordres de critiques en sens absolument contraire.

a) Pour certains criminalistes, il ne serait question, dans l'article 334, que des proxénètes; et ce n'est que par une sorte d'argument d'analogie quelque peu forcé, qu'ils appliqueraient cette disposition répressive à ceux qui, sans pensée de lucre, se font intermédiaires de débauche. Dans ce système, le délit se caractériserait toujours par un fait d'*entremise*, ayant pour but de corrompre des mineurs, en leur procurant ou en leur facilitant des rapports avec des tiers connus du prévenu[19]. Mais nous avons fait la part qui convient à cette opinion, en reconnaissant que l'article 334 enveloppe, dans la même répression, deux ordres de délits logiquement distincts : le fait de faciliter ou de favoriser la débauche, fait essentiellement constitué par une entremise, payée ou gratuite; et le fait d'exciter à la corruption, fait nécessairement plus vague, puisqu'il résulte de tout acte qui a pour objet de corrompre des mineurs et de propager le vice. Les termes de l'article 334 conduisent à cette distinction, qui permet de défendre la jeunesse contre tous les agents de corruption, sans distinction.

b) Au contraire, pour d'autres[20], la loi devrait être étendue, conformément aux premiers arrêts rendus par la Cour suprême, à la séduction personnelle et directe, non moins dangereuse pour

[19] Chauveau et Hélie, par exemple, *op. cit.*, t. IV, nos 1529 à 1541; Boitard, *op. cit.*, n° 430. « Quels sont les agents que la loi punit, dit ce dernier auteur? Ce sont ceux qui excitent, favorisent ou facilitent habituellement la débauche; ce sont donc les agents de la corruption, ceux qui fournissent les moyens de rapprochement, les intermédiaires, les instruments de la prostitution. » Voy. en outre le réquisitoire de M. le Procureur général Dupin, et la plaidoirie de Me Morin, sous les arrêts des 26 juin 1838 (S. 38. 1. 254), et 18 juin 1840 (S. 40. 1. 656). Cfr. Antonin Ordart, *L'article 334 du Code pénal devant la jurisprudence* (*Rev. crit.*, 1883, p. 375 à 384).

[20] *Sic*, Blanche, t. V, nos 142 et suiv.; Faustin Hélie, *Rev. crit.*, 1860. p. 481.

la jeunesse, que la séduction qui s'opère pour le compte d'autrui. Mais, d'une part, cette opinion aurait l'inconvénient de livrer la vie privée, sans grand profit pour les mœurs, à une inquisition aussi odieuse que tracassière. D'autre part, elle aurait pour résultat d'isoler l'article 334 des dispositions qui l'encadrent. L'excitation à la débauche d'une jeune fille, de la part d'un individu, qui ne recherche, dans le rapprochement des sexes, que la satisfaction de son propre désir, présente la plus grande analogie avec l'attentat à la pudeur sans violence, que la loi pénale ignore lorsqu'il s'exerce sur un enfant âgé de plus de treize ans. Comment admettre l'impunité quand il s'agit d'un fait isolé, la répression, quand il s'agit d'une habitude? Ne serait-ce pas rétablir, sous une autre forme, les crimes de stupre et de rapt, tels que les comprenaient le droit romain et notre ancienne jurisprudence, crimes qui ont été, avec raison, effacés du catalogue des faits délictueux par le droit français moderne, que d'atteindre, sous la qualification d'excitation à la débauche, la séduction personnelle et directe ne se proposant d'autre but et n'ayant d'autre mobile qu'une conjonction illicite?

1853. Lors de la revision du Code pénal en 1863, la commission du Corps législatif avait songé à résoudre législativement la question de savoir à quelles personnes s'appliquait l'article 334 [21] : « L'exposé des motifs du Code pénal de 1810, disait-elle, révèle clairement que le législateur n'a voulu punir que le mé-

[21] La commission voulait même résoudre législativement les trois difficultés principales que soulève l'article 334. « L'excitation à la débauche n'est-elle que le délit des proxénètes, c'est-à-dire des personnes qui font métier de cet infâme trafic, et qui n'ont en vue, en servant les passions d'autrui, que le profit qu'elles doivent en retirer, ou bien comprend-elle, en outre, ceux qui excitent à la corruption, non plus par métier et pour les autres, mais pour eux-mêmes et pour satisfaire leurs propres passions? L'habitude d'excitation à la débauche existe-t-elle par cela seul qu'elle se manifeste par des actes réitérés sur la même personne, ou bien cette habitude exige-t-elle essentiellement la pluralité des victimes? L'excitation à la débauche de mineurs imputable aux pères, mères, tuteurs ou autres personnes chargées de leur surveillance, exige-t-elle le concours de l'habitude pour constituer le délit? Ces questions sont graves, elles ont été souvent portées devant les tribunaux et elles ont reçu des solutions contradictoires. »

tier, la profession, le trafic habituel de la corruption. Malgré le défaut de précision qui peut lui être reproché, le texte de l'article 334 se prête plutôt à cette opinion qu'à toute autre. C'est celle que la jurisprudence a le plus généralement consacrée : c'est d'ailleurs, celle que la raison conseille et qu'en l'absence de tout précédent, nous voudrions encore adopter. » En conséquence, la commission avait proposé de rédiger ainsi l'article 334 : « Quiconque, *dans le but de satisfaire les passions d'autrui*, aura attenté aux mœurs, etc... » Cette nouvelle rédaction fut vivement combattue devant le Corps législatif. « Le projet de loi, disait un député, tranche la difficulté dans le sens favorable à l'immoralité, c'est évident. J'avoue que je l'aurais tranchée dans un sens absolument contraire. Car, enfin, est-ce que, véritablement, l'article 334, qu'il soit de 1810 ou de 1863, ne contient pas la répression possible des excitations habituelles à la débauche, faites à son profit personnel ? Évidemment si la loi dit : *Quiconque* aura attenté aux mœurs, en excitant à la débauche la jeunesse, en corrompant la jeunesse, « *Quiconque* », cela veut dire tout le monde. Cela s'applique à ce qui est le proxénétisme pour autrui, autant qu'à ce qui est le proxénétisme pour soi-même. Voilà l'état des choses, voilà la situation de la jurisprudence, et elle était en train de faire bonne route, lorsque, aujourd'hui, en 1863, on vient refaire cet article 334 du Code pénal, et, avec deux mots qu'on introduit dans cet article, on détruit la jurisprudence, on détruit une tendance qui est évidemment chrétienne, morale, protectrice de pauvres familles... Quelles sont les raisons pour dire que le proxénétisme seul sera exclusivement puni, que le libertinage habituel corrompant pour lui-même, faisant du proxénétisme à son profit, ne sera pas puni? Le rapport de la commission dit qu'il faut éviter le scandale. Le scandale est de ne pas punir des actes pareils. » Le Corps législatif crut devoir repousser les modifications introduites par la commission dans l'article 334, de sorte que cette disposition resta ce qu'elle était auparavant. Un arrêt de la Cour de cassation[22] a

[22] Cass., 21 août 1863 (S. 63. 1. 511). Cfr. BLANCHE, t. V, n° 146 : CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, n° 1554.

donc pu décider, depuis, « que le législateur n'a point entendu renverser la jurisprudence qui place en dehors de l'article 334 l'excitation à la débauche commise dans l'intérêt des passions personnelles du corrupteur ; mais que le rejet de l'amendement de la commission a eu seulement pour objet de maintenir les exceptions apportées à cette règle par la jurisprudence elle-même au cas où les actes de séduction personnelle se compliquent d'éléments particuliers de nature à être incriminés ».

1854. Pour déterminer les faits mêmes, constitutifs du délit prévu par l'article 334, il faut tenir compte de deux règles essentielles, dégagées par la jurisprudence.

Trois actes sont distingués par la loi : le texte punit en effet celui qui *excite, favorise* ou *facilite* la débauche. Il n'est nullement nécessaire que ces faits soient commis conjointement ; chacun est incriminé séparément, et il suffit que l'inculpé ait, soit excité, soit favorisé, soit facilit la débauche ou la corruption, pour encourir les peines de l'article 334[23].

Mais la loi n'ayant ni déterminé ni précisé les manœuvres à l'aide desquelles on peut, soit *exciter*, soit *favoriser*, soit *faciliter* la débauche ou la corruption, il en résulte que les tribunaux ont le droit et le devoir de les rechercher et de les caractériser [24].

Quelles règles doivent-ils suivre et de quels principes doivent-ils s'inspirer? Il importe de ne pas confondre les faits *d'excitation à la corruption*, avec les faits qui consistent à *faciliter ou à favoriser la débauche*.

[23] *Sic*, Cass., 4 novembre 1887 (*B. cr.*, n° 364). D'après la formule de cet arrêt, « l'article 334 du Code pénal, ne réprime pas seulement le fait d'avoir *excité* la corruption ; mais encore celui de l'avoir *favorisée* ou *facilitée*. Il punit également, sans distinction, tous les actes ayant pour but d'*aplanir* aux mineurs la voie de la débauche. » Blanche, *op. cit.*, t. V, n°s 148 et suiv., se prononce dans le même sens. Mais Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. IV, n° 1540, font observer, à propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 1854 (S. 54. 1. 829, D. 55. 1. 44), aux termes duquel la loi incriminerait « tous les actes sans distinction ayant pour résultat d'*aplanir* aux mineurs la vie de débauche », combien cette formule est vague et élastique.

[24] Cass., 5 juillet 1834 (S. 34. 1. 844). *Sic*, Blanche, t. V, n° 149.

tier, la profession, le tra[illegible] d'abord être commise défaut de précision q[illegible] conseils persistants et ticle 334 se prête pl[illegible] sur ses obsessions conti- que la jurisprudence [illegible] répugnance de sa fille mineure d'ailleurs, celle q[illegible] avec un homme, se rend tout précédent, [illegible]. Mais des *propos* simple- quence, la co[illegible] caractère. Ne le trouverait- 334 : « Quic[illegible] des *gravures* licencieu- *trui*, aura n[illegible] les lui vendre? J'incline vo- fut vivem[illegible] toutefois, que l'intention de de loi, d[illegible] gravures soit bien d'exciter rable à [illegible] soit dans l'intérêt des passions chez d[illegible] satisfaction de ses propres passions[illegible]. vérit[illegible] ère délictueux apparaîtra bien co[illegible] conseils, au lieu de distribution de l[illegible] suppose des *actes obscènes*, *subis* ou [illegible] vingt et un ans. Dans ce cas, aucune [illegible] lement matériel du délit, qui est suffi- [illegible] les autres conditions de l'incrimination

[illegible] ou de favoriser la débauche résultera de [illegible] inculpé aura donné, soit au corrupteur le [illegible] ses passions, soit au mineur le moyen de se [illegible] point de vue, les applications de l'article 334 [illegible] et il est même assez difficile d'en tracer les [illegible] suffit que l'intermédiaire de corruption ait, avec

[illegible] janvier 1880 et Cass., 22 juillet 1880 (S. 81. 1. 70, D. 81. 1. [illegible] CHAUVEAU et HÉLIE, *op. cit.*, t. IV, n° 1541, l'article 334, [illegible] les conseils, la provocation, la prédication même de l'im- [illegible], pour l'application de cette disposition, que la personne [illegible] auteurs aient, dans ce sens, un arrêt de la Cour de cas- [illegible] mars 1860 (S. 61. 1. 196), qui paraît plutôt contenir une décision [illegible] poser un principe absolu.

[illegible] sens, il a été jugé que la vente, à plusieurs reprises et en assez [illegible], de dessins impudiques, faite à des mineurs, constitue le délit [illegible] à la débauche : Angers, 27 octobre 1871 (S. 71. 2. 276, D. 71. 2. [illegible] *cit.*, t. V, n° 149, donne, quoique d'une manière un peu [illegible] son approbation à cette solution.

connaissance, procuré des rapprochements, des rendez-vous, des facilités de débauche, il faut, au moins, qu'on établisse, pour justifier la prévention, une relation directe et immédiate entre les actes qui lui sont reprochés et la corruption qu'il aurait facilitée ou favorisée. Sans cela, les actes les plus simples, les plus indirects pourraient être incriminés. Si donc on a pu juger que l'article 334 était applicable, soit au propriétaire qui a loué dans sa maison, sachant que le locataire devait y amener une fille mineure, une chambre où ceux-ci ont occupé le même lit pendant plusieurs jours [27], soit au gérant d'un hôtel garni, où des filles mineures se livrent à la débauche [28], soit au propriétaire d'un restaurant qui a mis à la disposition des filles mineures des cabinets particuliers où elles s'enferment avec leurs clients [29], on a dû décider qu'il était, au contraire, inapplicable au marchand qui se borne à vendre des meubles ou des objets de toilette à des filles mineures et à leurs amants mineurs [30].

1855. L'*habitude* de favoriser la débauche des mineurs est une circonstance constitutive du délit prévu par l'article 334. C'est un point bien certain [31]. Aucune distinction n'est faite, à ce point de vue, entre les deux formes de l'attentat, le *proxénétisme* et l'*excitation à la corruption* [32]. Mais quand y a-t-il ha-

[27] *Sic*, Cass., 1er mai 1863 (S. 63. 1. 324, D. 63. 1. 266). Comp. Cass., 10 novembre 1854 (S. 54. 1. 829); Bordeaux, 14 février 1866 (D. 71. 5. 33); Trib. corr. d'Angers, 18 mars 1864 (D. 64. 3. 21).

[28] Aix, 13 juillet 1878 (S. 79. 2. 116, D. 80. 2. 36 et 37). V. aussi Gouin, *Rev. crit.*, t. XXIX, p. 234. — L'article 334 a été également appliqué à la maîtresse d'une maison de tolérance, dans laquelle ont été admis de jeunes garçons mineurs (Bordeaux, 17 novembre 1871, D. 72. 5. 37 et 48); au restaurateur qui reçoit des filles mineures qui se livrent à des rapports sexuels dans son établissement (Limoges, 7 décembre 1889, *Gaz. du pal.*, 9 mars 1890). On a également jugé qu'on peut comprendre, parmi les faits constitutifs de facilités données à la débauche des mineures, le fait d'un proxénète d'avoir négocié le passage d'une prostituée mineure d'une maison de tolérance dans une autre : Cass., 5 mars 1863 (D. 67. 5. 30).

[29] Voy. D. 97. 1. 622, note 2 et 3.

[30] *Sic*, Rennes, 6 décembre 1865 (S. 66. 2. 172).

[31] Cass., 17 déc. 1897 (D. 99. 1. 171).

[32] Cette distinction nous paraîtrait rationnelle. Exciter des mineurs à la prostitution ou leur en faciliter les moyens est un attentat trop odieux pour

bitude? La loi n'ayant pas caractérisé ce qui la constitue, des difficultés existent à cet égard. Deux règles qui sont la contrepartie l'une de l'autre aideront à les résoudre.

1° Il est évident, d'abord, que cette condition du délit exige plusieurs faits, deux au moins, d'excitation à la débauche. L'habitude consiste, en effet, dans la *pratique réitérée du même acte*. Si donc on ne relève, contre le prévenu, que l'imputation d'un *fait unique*, *isolé*, d'excitation à la débauche envers une seule mineure, le délit ne sera pas constitué, quelles que soient la gravité et les conséquences du fait incriminé, et quelles qu'en aient été les suites[33].

2° Mais si l'habitude suppose une réitération des mêmes actes, il faut envisager ces actes dans leurs rapports avec celui qui en est l'auteur et non avec ceux qui en sont les victimes. En d'autres termes, ce que la loi punit, c'est une *manière d'être* de l'inculpé, l'habitude criminelle de se faire intermédiaire ou propagateur de corruption. Or, cette habitude peut évidemment résulter, soit de faits de corruption répétés, à différentes époques, envers la même personne, soit des mêmes faits, successivement pratiqués envers des personnes différentes. Ce point de vue, qui est celui de la loi, nous amène à deux constatations essentielles. Si, d'un côté, la *pluralité de victimes* n'est pas nécessaire pour constituer l'habitude, de l'autre, la *pluralité de victimes* ne serait pas suffisante pour l'existence de cet élément du délit. Ce qu'il faut, en effet, toujours rechercher et consta-

que la loi puisse le laisser impuni quand même le coupable ne ferait pas un trafic habituel de la corruption. Le proxénétisme est un fait suffisamment caractérisé et trop facile à constater, pour exiger qu'il devienne une habitude. Au contraire, la poursuite d'un fait isolé d'excitation à la débauche nous semble plus dangereuse qu'utile; elle pourrait donner lieu à des mesures inquisitoriales troublant le repos des familles. C'est seulement la conduite habituelle du corrupteur qui produit le scandale et le trouble de nature à justifier l'intervention de la loi pénale.

[33] *Sic*, Cass., 10 mars 1848 (S. 48. 1. 588, D. 48. 5. 17). Cfr. CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, n° 1542. Quant au point de savoir combien de faits sont nécessaires, il est impossible, en l'absence de toute détermination légale, de poser une règle fixe : l'habitude dépendra des circonstances, souverainement appréciées par les juges du fait. Cfr. BLANCHE, t. V, n° 153.

ter, c'est la *réitération des faits d'excitation à la débauche.*

L'habitude, avons-nous dit, pourra résulter de la pluralité des actes accomplis sur la même personne [34]. Cette proposition n'a pas toujours été admise par la jurisprudence, dont les hésitations mêmes prouvent combien le problème est difficile[35]. Mais la Cour de cassation paraît aujourd'hui fixée en ce sens qu'il suffit que les actes d'excitation à la débauche, ou les actes qui l'ont favorisée, au préjudice du même mineur, aient été répétés un nombre de fois suffisant, sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait eu pluralité de victimes. C'est qu'en effet, en l'absence de toute détermination légale des faits constitutifs de l'habitude, on peut admettre que la réitération d'actes d'excitation à la débauche, pratiqués vis-à-vis du même mineur, révèle cette habitude criminelle que la loi a voulu atteindre[36]. On a cru trouver, il est vrai, l'exigence d'une pluralité de victimes dans

[34] La doctrine est unanime dans ce sens. Cfr. CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, n° 1542; BLANCHE, t. V, n° 151.

[35] La Cour de cassation a commencé par juger, dans de nombreux arrêts, « que les faits, dont la réunion constitue l'habitude, doivent être considérés relativement à celui qui en est l'auteur, et non par rapport à ceux qui en ont été l'objet; qu'il suit de là que des faits de corruption répétés à différentes époques envers la même personne peuvent caractériser l'excitation habituelle à la débauche ». Cass., 4 janvier 1838 (S. 38. 1. 254). Mais, par un arrêt solennel du 26 juin 1838 (S. 38. 1. 565), la Cour suprême, revenant sur cette interprétation, déclara que l'article 334 n'était applicable qu'autant que l'on trouvait réunies : 1° l'habitude ou la répétition des actes par lesquels la débauche ou la corruption serait excitée, favorisée ou facilitée; 2° la pluralité de personnes corrompues ou prostituées ; et que, dès lors, l'article 334 était inapplicable à celui qui, même à plusieurs reprises, n'a excité à la débauche qu'une seule personne mineure. Les résistances que cette jurisprudence rencontra amenèrent une nouvelle évolution. Et, depuis 1850, la Cour de cassation a décidé que l'habitude, en pareille matière, résulte de faits de corruption répétés envers la même personne. Cass., 31 janvier 1850 (S. 50. 1. 150) et le rapport de F. HÉLIE sous cet arrêt; 15 octobre 1853 (S. 53. 1. 664); 13 février 1863 (S. 63. 1. 328).

[36] Les anciens auteurs exigeaient également l'habitude comme un élément du proxénétisme ou maquerellage; mais ils la faisaient résulter du nombre des actes et non de celui des personnes : *Non dicitur leno nec lenocinii pœna tenetur, qui semel tantum lenocinium fecit; requiritur enim consuetudo saltem per trinum actum.* FARINACIUS, quæst. 144, n° 35.

le mot *jeunesse* employé par l'article 334, mais cette expression désigne, d'une manière générale, l'âge et non une collection d'individus. Il n'est pas non plus nécessaire, pour tomber sous le coup de l'article 334, que le proxénète se soit entremis dans l'intérêt des passions de plusieurs : la continuité et la fréquence des actes d'excitation à la débauche suffisent, alors même que ces actes auraient eu lieu dans l'intérêt des passions d'un seul[37]. En un mot, celui qui excite à la débauche, par des actes réitérés, un seul mineur, comme celui qui se fait l'intermédiaire habituel d'un seul séducteur, vis-à-vis d'une seule mineure, commet le délit d'excitation à la débauche.

A l'inverse, la pluralité des victimes de la corruption ou de la débauche ne constituerait pas, par elle-même et par elle seule, l'habitude incriminée. Ce qu'il faut, en effet, c'est une réitération d'actes, c'est un ensemble de faits. On a donc pu juger, avec raison, qu'une scène unique de débauche, dans laquelle le prévenu avait attiré deux mineurs, et qui s'était accomplie en un seul trait de temps, et un temps assez court, ne tombait pas sous l'application de l'article 334[38].

1856. La troisième condition essentielle du délit, c'est l'*âge* de la victime. L'article 334 exige qu'elle soit mineure de vingt et un ans. A ce point de vue encore, aucune distinction n'est faite entre les deux formes de l'attentat aux mœurs, le proxénétisme et l'excitation à la débauche. La loi a pensé que la protection sociale contre la corruption qui déprave et épuise pouvait être limitée à la « jeunesse[39]. » La circonstance de l'âge de la victime étant essentielle, doit être établie, en fait, pour que la condamnation fondée sur l'article 334 soit réputée légale. Mais elle peut l'être, à défaut de production de l'acte de naissance, à l'aide de toute preuve fournie par l'instruction et les débats[40].

1857. L'élément intentionnel du délit d'excitation à la débau-

[37] *Sic*, Cass., 15 octobre 1853, précité.

[38] Cass., 29 décembre 1860 (D. 61. 5. 34); 12 février 1890 (*B. cr.*, n° 42). Voy. Blanche, t. V, n° 151.

[39] V. ce que nous disons *suprà*, n° 1827.

[40] *Sic*, Cass., 5 mars 1863 (D. 67. 5. 29); 23 août 1855 (S. 55. 1. 847, D. 55. 1. 424).

che n'a aucun caractère spécifique : il résulte, comme pour tout autre délit, de ce que l'inculpé a eu *connaissance* qu'il s'adressait à une personne âgée de moins de vingt et un ans[41], et de ce qu'il avait la *volonté* de corrompre cette personne dans l'intérêt des passions d'autrui, ou pour la satisfaction de ses propres passions. En un mot, ce que la loi punit, c'est la volonté appliquée au délit. Il n'y a point, pour obtenir la punition du coupable, à établir autre chose que la volonté ou l'intention; il n'y a pas à rechercher les motifs déterminants de cette volonté, à démontrer leur caractère spécialement pervers.

1858. Les *fauteurs* de corruption que la loi veut atteindre ne sont pas considérés comme les *complices* des actes de débauche qu'ils ont provoqués : au contraire, ils sont punis sans qu'il y ait lieu d'établir une relation quelconque entre leurs actes propres et les faits même de débauche, que cependant ils ont voulu faciliter ou favoriser. De cette notion essentielle, qui est généralement admise par les législations modernes[42], on peut conclure que l'article 334 s'applique à tous les actes d'excitation à la débauche, quelles qu'en aient été les *victimes* et quelles qu'en aient été les *suites*. D'où trois corollaires : 1° Il n'est pas nécessaire, pour que le délit existe, que le mineur ait été corrompu ou flétri par la débauche[43]. Ce que la loi punit, ce n'est pas l'acte de prostitution ou de corruption, mais le fait qui tend à exciter, favoriser ou faciliter cette corruption ou cette prostitution. Par cela seul que ce fait est accompli dans les conditions d'habitude

[41] *Sic*, Cass., 5 mars 1863, précité. Voy. BLANCHE, t. V, n° 155. Le jugement qui condamne un individu pour avoir habituellement excité à la débauche une personne mineure doit constater, soit d'une manière expresse, soit d'une manière implicite, que le prévenu avait connaissance de l'état de minorité de la victime. Pour les applications : Cass., 19 décembre 1808 (D. 69. 5. 29); 23 août 1855 (D. 55. 1. 424).

[42] En effet, le droit pénal moderne distingue, avec soin, l'*immoralité* qui est du domaine de la conscience et non de la loi sociale, de l'*excitation à l'immoralité* qui, pratiquée dans certaines conditions et vis-à-vis de certaines personnes, motive l'intervention de la loi pénale.

[43] Cette solution n'a jamais fait difficulté. *Sic*, Cass., 6 juillet 1834 (S. 34. 2. 844); 14 août 1863 (S. 63. 1. 103). Cfr. BLANCHE, t. V, n° 156; CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, n° 1548.

exigées par la loi, par cela même que le prévenu a prêté son entremise entre le séducteur et sa victime, ou bien qu'il a excité ou propagé l'immoralité, le délit est consommé à son égard. 2° Il importe peu, dès lors, que le proxénète ait livré à la prostitution une jeune fille mineure qui, avant son entremise, était déjà prostituée[44]. Il ne s'agit pas en effet, de savoir si la victime des actes d'excitation à la débauche était ou n'était pas déjà corrompue, mais si le prévenu a commis des actes tendant à exciter, favoriser ou faciliter la corruption d'une personne âgée de moins de vingt et un ans. 3° Les filles publiques peuvent tomber sous le coup de l'article 334, lorsqu'elles excitent, favorisent ou facilitent habituellement la corruption de la jeunesse. Les filles publiques sont tolérées dans l'exercice de leur profession ; mais cette tolérance ne va pas au delà du concubinage simple, que la loi française n'incrimine pas ; elle ne peut couvrir des actes qui prennent le caractère de délits pour toute personne. Ainsi, le fait d'une fille publique, qui reçoit habituellement chez elle plusieurs mineurs à la fois, et se livre à la prostitution avec chacun d'eux successivement en présence des autres, constitue, sans aucun doute, le délit d'excitation à la débauche[45].

1859. L'application générale des règles sur la complicité au délit qui nous occupe soulève une difficulté sérieuse[46]. Celui qui participe, en connaissance de cause et suivant l'un des modes de complicité déterminés par l'article 60, aux faits d'excitation à la débauche, peut être poursuivi ainsi que l'auteur principal et doit être puni de la même peine que celui-ci[47]. Ce point

[44] *Sic*, Blanche, t. V, n° 156 ; Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1549. Pour la jurisprudence : Cass., 10 novembre 1854 (S. 54. 1. 829); 12 décembre 1863 (D. 65. 5. 34); Bordeaux, 14 février 1886 (D. 71. 5. 23); 17 novembre 1871 (D. 71. 5. 37). Ce qu'il faut, en effet, toujours considérer, c'est l'acte même du proxénète et non les suites de cet acte.

[45] Cass., 7 juillet 1859 (S. 59. 1. 534, D. 59. 1. 285). *Sic*, Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1550.

[46] Sur la question : Chauveau et Hélie, t. IV, n°s 1551 et suiv.; Blanche, t. V, n°s 165 et suiv.

[47] Il a été décidé, par exemple, qu'il y a lieu de considérer, comme complice de l'excitation à la débauche, résultant de ce que des mineurs ont pu entrer dans une maison de prostitution par suite d'une surveillance insuffi-

ne saurait être douteux. D'une part, en effet, aucun texte n'excepte de la règle générale le complice de l'entremetteur; d'autre part, la perpétration du délit d'excitation à la débauche n'a rien d'incompatible avec une pluralité d'agents, jouant le rôle de coauteurs ou de complices dans le délit. Mais doit-on considérer comme complice du proxénète, ou de tout autre entremetteur de débauche, celui qui profite de l'intervention d'un tiers pour avoir des relations illicites avec des mineurs? La difficulté vient de ce qu'il peut paraître contradictoire que l'individu, qui resterait impuni s'il avait directement séduit la personne mineure, soit punissable parce qu'il a employé, pour parvenir à ses fins, l'intermédiaire d'une tierce personne. Mais cette contradiction est plus apparente que réelle. Ce qu'il s'agit d'incriminer, en effet, ce n'est pas l'acte immoral, les rapports naturels ou antinaturels que le corrupteur a pu avoir avec des jeunes gens ou des jeunes filles : ces faits, quelque graves et quelque obscènes qu'ils soient, échappent au domaine de la loi pénale. Mais lorsqu'un individu, pour satisfaire sa propre lubricité, emploie et paye un intermédiaire, c'est cette *provocation par dons et promesses* à l'exécution d'un délit qu'il peut être question de punir. Quel motif s'opposerait à ce que, en raison de ces actes, le corrupteur devienne le complice de l'entremetteur? La loi ne punit certainement pas la *débauche*, mais elle punit l'*excitation à la débauche;* et tout individu, qui se fait complice de ce délit, ne saurait échapper à la responsabilité de ses actes[48]. Ce qui est nécessaire mais suffisant pour incriminer le séducteur, c'est que les conditions de la complicité se trouvent réunies : 1° il faut que celui-ci ait employé l'un des modes de complicité prévus par l'article 60 ; 2° qu'il ait, sciemment et volontairement, participé aux actes reprochés à l'intermédiaire dont il

sante, l'individu qui, propriétaire de l'immeuble où la maison est exploitée, vit en concubinage avec la maîtresse de cette maison, touche les recettes et est appelé dans l'établissement du nom de patron : Bordeaux, 17 novembre 1871 (D. 75. 5. 37-38). V. également : Cass., 20 août 1875 (S. 76. 1. 42); Amiens, 11 novembre 1875, *ibid.*, en note. *Sic*, Dutruc, *Mémorial du ministère public*, v° *Excitation des mineurs à la débauche*, n° 1 et suiv.

[48] Voir sur ce point les arrêts cités à la note précédente.

s'est servi; 3° et que l'habitude, élément constitutif du délit auquel il s'est associé, soit établie à son égard. La réunion de ces conditions rendra difficiles des poursuites indiscrètes et donnera une garantie suffisante contre l'intrusion de la loi pénale dans le domaine de la vie privée.

a) En ce qui concerne la première condition, le séducteur ne sera considéré comme complice que s'il a participé au délit suivant l'un des modes limitativement déterminés par l'article 60 du Code pénal. Le plus souvent, sa participation résultera de remises d'argent, de dons ou promesses, destinés à salarier l'intermédiaire. Quelquefois, mais plus rarement, le séducteur aura fourni les moyens destinés à exciter la corruption, à la faciliter ou à la favoriser. Mais le mode de participation importera peu, pourvu qu'il rentre dans les termes de ceux que définit l'article 60 du Code pénal[49].

b) Le second élément de la complicité résultera de la connaissance qu'a pu avoir le séducteur, soit des actes d'excitation à la débauche commis, dans son intérêt propre, par le proxénète ou l'intermédiaire de corruption, soit de l'âge de la victime offerte à sa lubricité. En effet, par cela même que le séducteur aura participé *sciemment* aux faits constitutifs du délit, il y aura participé *volontairement*. Les deux notions de *connaissance* et de *volonté* sont ici corrélatives.

c) Enfin, la complicité n'étant punissable que si elle se rattache à un délit, il faut que les conditions, dont l'article 334 du Code pénal fait dépendre l'existence du délit principal, se trouvent réunies et constatées par rapport au complice. Or, l'excitation à la débauche n'est incriminée que si elle est habituelle et parce qu'elle est habituelle. Il en résulte que ceux qui recourent à un intermédiaire pour satisfaire leur lubricité ne peuvent être considérés comme complices que si, par rapport à eux, l'habitude de l'excitation à la débauche existe dans les actes reprochés au proxénète. Sans doute, le séducteur devient complice, alors même que les remises d'argent, les dons ou promesses destinés à salarier l'intermédiaire, en un mot les actes person-

[49] Voir sur ce point les arrêts cités à la note précédente.

nels qui lui sont reprochés n'auraient pas été habituellement effectués, « l'habitude nécessaire pour caractériser le délit d'excitation à la débauche n'étant pas exigée par l'article 60 pour constituer la provocation par dons ou promesses et la complicité qui en résulte[50] ». Mais il faut, au moins, que l'acte, même unique, dont on veut faire dériver la complicité, se rapporte à des actes du même proxénète, réitérés dans l'intérêt personnel du même séducteur[51]. L'individu, qui, dans le but de satisfaire sa passion pour une mineure, n'use qu'une seule fois d'un intermédiaire, n'est pas légalement son complice, quel que soit le nombre des autres actes punissables que l'on ait d'ailleurs à reprocher à l'entremetteur.

1860. Les circonstances, qui, dans la plupart des législations, aggravent la criminalité du délit d'excitation à la débauche, sont puisées : 1° soit dans la *qualité personnelle* de l'agent qui s'en rend coupable; 2° soit dans la *jeunesse* de la victime; 3° soit dans le caractère *habituel* et *vénal* de l'entremise; 4° soit, enfin, dans les *moyens* qui ont été employés pour exciter à la corruption, la favoriser ou la faciliter. La loi française punit de la même peine les faits d'excitation à la débauche d'une personne mineure de vingt et un ans, quel que soit l'*âge* de la victime. Mais l'excitation à la débauche des majeurs, dans un but intéressé, échappe en France à la répression[52]. Elle fait de l'*habitude* un élément constitutif du délit. Elle ne détermine pas et ne limite pas les *moyens* de corruption. De sorte que le seul élément dont elle tienne compte pour aggraver la criminalité du délit, c'est la *qualité* même de l'agent de corruption. Le § 2 de l'article 334 considère l'excitation à la débauche comme plus dangereuse et élève, dès lors, la peine du délit, lorsque la prostitution ou la corruption a été excitée, favorisée ou facilitée par les *père*, *mère*, *tuteur* ou *autres personnes chargées de la sur-*

[50] Cass., 10 novembre 1860 (D. 60. 1. 513), et particulièrement la note sous cet arrêt.

[51] Cass., 10 novembre 1860, précité. V. aussi Cass., 13 février 1863, précité.

[52] Voir sur la question et à propos d'un referendum dans le canton de Genève : *Rev. pén. suisse*, 1896, p. 157.

veillance de la victime. Dans ce cas, la peine sera de deux ans à cinq ans d'emprisonnement, et de trois cents francs à mille francs d'amende.

1861. Le caractère légal de cette disposition a donné lieu à quelques difficultés, qui se ramènent à la question de savoir s'il s'agit, dans le § 2 de l'article 334, d'un délit spécial, *sui generis*, d'une forme d'excitation à la débauche ayant ses éléments propres ; ou bien, au contraire, du délit simple, prévu par le § 1er, qui serait seulement aggravé par suite de la qualité personnelle de celui qui le commet. C'est à cette dernière manière de voir qu'il faut évidemment s'attacher; et on doit en conclure que l'*habitude* est une circonstance constitutive du délit dans le deuxième paragraphe de l'article 334 aussi bien que dans le premier. On a soutenu, il est vrai, que les termes de ce deuxième alinéa ne se lient pas nécessairement avec le premier; que, dans le premier alinéa, le délit d'excitation à la débauche, imputé à des tiers, ne peut se constituer que par une succession de faits, tandis que, dans le second, le même délit, imputé aux père, mère et tuteurs, existe si un fait unique est relevé à leur charge. Mais cette distinction est, aujourd'hui, condamnée par la doctrine[53] et la jurisprudence[54]. L'article 334, en effet, exige, pour

[53] Voy., CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, n° 1546; BLANCHE, t. V, n° 159.

[54] La jurisprudence a, du reste, varié à cet égard. Ainsi, par un arrêt du 11 septembre 1829 (D. J. G., v° *Attentats aux mœurs*, n° 158), la Cour de cassation a décidé que l'excitation à la débauche d'un mineur, dont le coupable a la surveillance, ne constitue un délit punissable qu'autant qu'elle est habituelle. Puis, par d'autres arrêts, elle a reconnu que l'habitude n'est pas un des éléments constitutifs du délit d'excitation à la débauche, dans le cas du § 2 de l'article 334 du Code pénal, concernant les pères, mères, tuteurs et autres personnes chargées de la surveillance des mineurs (Cass., 26 juin 1838, S. 38. 1. 565; D. 38. 1. 438; Paris, 7 août 1847, D. 47. 4. 28). Mais la Cour de cassation est revenue à la doctrine de ses premiers arrêts. « Attendu, en droit, dit l'arrêt du 10 mars 1848 (D. 48. 5. 17), que le premier paragraphe de l'article 334 du Code pénal, exige, pour son application, que le prévenu ait excité, favorisé ou facilité habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse; attendu que cette circonstance de l'habitude est nécessaire également pour l'application du deuxième paragraphe du même article; qu'en effet, il ne prévoit pas un délit distinct du précédent, mais se borne à aggraver les pénalités de celui-ci à raison de la qualité des person-

la constitution du délit qu'il prévoit et punit, que le prévenu ait habituellement excité, facilité ou favorisé la prostitution ou la débauche de mineurs de vingt et un ans ; l'habitude est donc une circonstance élémentaire de l'incrimination. Or, le § 2 de l'article 334 se borne à indiquer, comme circonstance aggravante du délit, la qualité des personnes qui le commettent, et à élever la peine dans ce cas : il ne définit pas les faits qu'il incrimine et, par conséquent, ne modifie pas les éléments constitutifs du délit d'excitation à la débauche. Aussi l'article 445, qui détermine les incapacités auxquelles peuvent être accessoirement condamnés les prévenus et qui comprend, dans la généralité de ses termes, les cas prévus par les premier et deuxième alinéas, ne les considère que comme formant un seul délit : « Les coupables *du délit* mentionné au précédent article », et non pas *des délits*.

D'où il résulte que l'excitation à la débauche, imputée aux pères, mères et tuteurs, ne constitue le délit prévu et réprimé par les articles 334 et 335 qu'autant qu'elle est habituelle et s'applique à une personne âgée de moins de vingt et un ans. Il est regrettable, sans doute, que les personnes chargées de la surveillance des mineurs, puissent impunément commettre, vis-à-vis d'eux, un acte isolé d'excitation à la débauche. Mais si une réforme est désirable pour mettre la loi d'accord avec la morale sociale, il faut reconnaître, avec la commission du Corps législatif, en 1863, « que le texte actuel exige évidemment l'ha-

nes qu'il énumère et de leur autorité sur les mineurs livrés par elles à la débauche ; attendu que cette référence du second alinéa au premier ressort, avec certitude, des termes de l'article 335, lequel, parlant des incapacités qu'encourront les condamnés, se sert des mots : « les coupables du délit mentionné au précédent article, » expression qui exclut l'application de celui-ci à deux infractions d'ordre différent ». Dans le même sens ; Cass., 10 novembre 1860 (S. 61. 1. 198; D. 60. 1. 515); 20 août 1875 (S. 76. 1. 42, D. 76. 1. 239); Trib. corr. d'Amiens, 3 juin 1882 (*Gaz. Pal.*, 83. 1. 78). — La commission du Corps législatif avait, en 1863, proposé d'introduire, dans le § 2 de l'article 334, une disposition portant que le délit pouvait exister, même sans qu'il y eût habitude. Le Conseil d'État avait accepté la modification, mais elle a été rejetée. La dernière jurisprudence de la Cour de cassation semble donc indirectement confirmée.

[illegible] les cas, [illegible] lors que l'instigateur est le père [illegible] victime, ou une des personnes chargées de sa [illegible]

[illegible] caractérise pour le délit aggravé comme pour [illegible] : elle résulte de la seule répétition des actes d'ex- [illegible] débauche ou des facilités qui lui sont fournies, [illegible] soit nécessaire qu'il y ait pluralité de victimes[55]. Tou- [illegible] on s'est demandé si les père et mère, qui livrent leur fille [illegible] à un séducteur, peuvent être poursuivis pour avoir [illegible] cette fille habituellement à la débauche, dans le cas où [illegible] relations auraient continué entre elle et le séducteur. La ju- [illegible] qui a eu trop souvent à s'occuper de cette situa- [illegible] particulière, paraît faire une distinction. Si les père et mère [illegible] immédiatement de leur fille qu'ils ont livrée à un [illegible] et si les relations nées de leur entremise continuent [illegible] participation, un fait unique ayant été commis, le dé- [illegible] constitué. Quelque regrettable que soit ce résultat, [illegible], puisque la loi ne punit les père et mère que s'ils ont *habituellement* excité leur fille mineure à pratiquer la débauche [illegible] l'espèce un seul acte d'entremise peut être relevé contre [illegible] Mais le fait sera puni si les père et mère ont persévéré dans [illegible] consentement qu'ils ont donné à la prostitution de leur fille [illegible], « la persistance et la continuation de ce consentement [illegible] l'habitude de l'excitation à la débauche[56] ».

[illegible] peut même affirmer que la loi a surtout prévu le cas où le délit [illegible] qu'une seule victime, la fille, la pupille, etc.

[illegible], l'habitude peut être considérée comme résultant suffisamment, [illegible] de la mère qui a livré sa fille mineure au séducteur de celle-ci, du [illegible] d'avoir encouragé l'état de concubinage né de ce premier acte, en [illegible] fréquemment visiter sa fille dans le lieu où elle a été installée [illegible] 13 levr. 1860, D. 63. 1. 205; S. 63. 1. 328); ...ou du fait, par la mère [illegible] mineure, d'avoir proposé à un individu de prendre celle-ci comme [illegible], d'avoir ainsi consenti à l'installation de son enfant chez le sé- [illegible], et d'avoir persisté à donner son assentiment à cet état de concu- [illegible], quoiqu'elle demeurât dans le voisinage de la maison où les relations [illegible], dont elle avait été l'intermédiaire, s'étaient continuées (Cass., [illegible] 1880, D. 81. 1. 91; S. 81. 1. 44); ...ou du fait de la mère qui, après [illegible] fourni à un individu le moyen de nouer des relations immorales avec

1862. Les personnes chargées de la surveillance des mineurs, dont la qualité même aggrave le délit, sont toutes celles qui ont une *autorité de droit* ou *de fait* sur la victime des actes d'excitation à la débauche[57]. Nous renvoyons à ce que nous avons dit précédemment à propos de l'article 333, le parallélisme entre les deux dispositions étant absolu.

1863. La loi du 19 juillet 1791 (tit. II, art. 9) prononçait une amende de 50 à 500 livres et une année d'emprisonnement contre les personnes convaincues d'avoir favorisé la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe. Le fait incriminé ne constituait ainsi, sous l'empire de cette loi, qu'un délit correctionnel. Tel est également le caractère que lui donne le Code pénal de 1810. *a*) Vis-à-vis du proxénète ou du libertin ordinaire, l'excitation à la débauche est punie d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de 50 à 500 francs (C. p., art. 334 § 1er). En outre, l'article 335 porte que les coupables seront interdits de toute tutelle ou curatelle, et de toute participation aux conseils de famille pendant

sa fille mineure, a sciemment toléré la continuation de ces relations, la nuit, dans son appartement, quoique dans une chambre séparée (Cass., 10 déc. 1869, D. 70. 1. 234). Mais il a été jugé, au contraire, que lorsqu'une fille mineure a été livrée par ses parents à un individu, par un marché unique, les relations qui se seraient établies entre elle et cet individu, postérieurement à ce pacte, ne sauraient constituer, à l'égard des parents, la circonstance d'habitude d'excitation à la débauche, si rien n'établit, d'ailleurs, qu'après avoir livré leur fille, ils ont persévéré dans le consentement donné à la prostitution (Cass., 10 nov. 1860, précité). Cfr. BLANCHE, t. V, n° 161.

[57] Ainsi, l'aggravation de peine édictée par le § 2 de l'article 334 s'applique : 1° au maître qui s'est rendu coupable d'excitation à la débauche de sa domestique mineure, à la condition que l'habitude se joigne à l'excitation (Cass., 10 mars 1848, D. 48. 5. 17); 2° au patron coupable d'excitation à la débauche de son apprenti (Paris, 7 août 1847, D. 47 4. 28); 3° au mari qui prostitue sa femme mineure (Paris, 8 mars 1843, S. 43. 2. 132). Ce fait honteux était spécialement prévu par la loi romaine et puni de la peine de l'adultère. On assimilait même au proxénète le mari qui continuait à vivre avec sa femme après l'avoir surprise en flagrant délit d'adultère. L. 2, § 2, D., *ad Leg. Jul. de adult.* : « *Lenocinii quidem crimen Lege Julia de adulteriis præscriptum est : cum sit in cum maritum pœna statuta qui de adulterio uxoris suæ quid ceperit : item in eum qui in adulterio deprehensam retinuerit.* »

[illegible] au plus. Les coupables pourront, [illegible] surveillance de la haute police (au- [illegible] interdiction de séjour), pendant deux [illegible] au plus. *b*) Vis-à-vis des personnes [illegible] du mineur, l'emprisonnement est [illegible] ans et l'amende de 300 à 1.000 francs [illegible] outre, l'interdiction des droits de tu- [illegible] de dix ans au moins et de vingt ans au plus. [illegible] commis par le père ou la mère, le coupable [illegible] privé de la puissance paternelle, ainsi que des [illegible] à lui accordés sur la personne et les biens [illegible] par les articles 108, 141, 148, 150, 151, 346, 361, [illegible] 387, 388, 390, 391, 397, 477 et 935 du Code civil et par [illegible] 3 du décret du 22 février 1851 et 46 de la loi du 27 [illegible] 1872 (L. 24 juill. 1889, art. 1er). Enfin, les coupables [illegible] être renvoyés en état d'interdiction de séjour pour dix [illegible] au moins et vingt ans au plus (C. p., art. 335).

Ainsi, tandis que, d'après les termes de la loi, l'interdiction des fonctions de tuteur et d'assistance au conseil de famille a le caractère d'une peine obligatoire, et que les tribunaux restent seulement maîtres d'en fixer la durée dans les limites du minimum au maximum indiquées, la défense faite au condamné de paraître dans les lieux dont l'interdiction lui aura été signifiée par le gouvernement est facultative.

1864. La loi du 24 juillet 1889 a précisé, au point de vue de la déchéance de la puissance paternelle, la situation des individus condamnés pour excitation de mineurs à la débauche. *a*) La privation des droits qui dérivent de la puissance paternelle est une conséquence nécessaire de la condamnation du père ou de la mère qui a favorisé la débauche de son enfant (L. 24 juill. 1889, art. 1er, § 1er). Cette déchéance, dérivant de la loi, aurait effet quand même le jugement omettrait d'en faire mention. On faisait remarquer[88], dans l'interprétation des articles 334 et 335, que les père et mère n'étaient privés de leurs droits et avantages qu'à l'égard des enfants dont ils avaient favorisé la débau-

[88] Voy. Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1556 ; Blanche, t. V, n° 169.

che, mais qu'ils les conservaient sur la personne et les biens de leurs autres enfants. Cette anomalie a disparu depuis la loi du 24 juillet 1889 qui déclare les père, mère et ascendants, déchus, dans ce cas, de la puissance paternelle à l'égard de *tous* leurs enfants ou descendants[59]. *b*) Lorsque le père ou la mère ont été condamnés pour excitation à la débauche de mineurs autres que leurs propres enfants, la privation des droits dérivant de la puissance paternelle reste, au contraire, facultative (L. 30 juill. 1889, art. 2 § 4) : elle doit, par conséquent, être prononcée par les tribunaux pour être encourue. *c*) Mais elle serait, au contraire, obligatoire après *deux condamnations* pour ce même délit (L. 24 juill. 1889, art. 1er § 4).

§ CX. — DES CARACTÈRES CONSTITUTIFS ET DE LA PÉNALITÉ DE L'ADULTÈRE[1].

(C. p., art. 337 § 1, art. 338 et 339).

1865. Des délits qui se rapportent à la violation des lois du mariage. L'adultère et la bigamie. — **1866.** De l'adultère. Évolution des législations modernes. Égalité entre la femme et le mari. Adoucissement des peines. — **1867.** Droit romain. Ancien droit français. Législation intermédiaire. Code civil. Code pénal. Inégalité de traitement entre la femme et le mari au point de vue de l'adultère. Loi du 27 juillet 1884. — **1868.** Double problème. — **1869.** S'il convient de supprimer l'adultère du catalogue des délits et de laisser à la justice civile seule le soin de réparer l'offense de l'époux outragé. — **1870.** De l'inégalité entre l'adultère du mari et celui de la femme au double point de vue de la constitution et de la répression du délit. — **1871.** Le Code pénal ne s'est pas contenté d'indiquer les caractères du délit d'adultère, il a inscrit, dans ses dispositions, les règles spéciales de la poursuite. — **1872.** Éléments constitutifs généraux du délit d'adultère. — **1873.** Premier élément. Consommation des rapports illicites. — **1874.** Second élément. Mariage. — **1875.** De la question d'état d'époux devant les tribunaux de répression. Compétence. — **1876.** Élément intentionnel. Il faut que l'adultère ait eu lieu avec connaissance et volonté. — **1877.** De l'adultère du mari. — **1878.** — En quoi consiste l'entretien d'une concubine. — **1879.** Caractère du domicile conjugal. — **1880.** Situation des époux au point de vue de l'adultère après le divorce ou la séparation de corps. — **1881.** De la complicité en matière d'adultère. Du complice de la femme. De la concubine du mari. Des autres personnes qui peuvent faciliter ou favoriser l'adultère. — **1882.** Des pénalités de l'adultère. — **1883.** De l'action en dommages-intérêts née de l'adultère.

1865. La famille est la forme élémentaire de la vie collective;

[59] Comp. Douai, 8 mai 1893 (D. 93. 2. 401, S. 93. 2. 120).

§ CX. [1] BIBLIOGRAPHIE : BEDEL, *Traité de l'adultère et des enfants adulté-*

deux [illegible] [illegible] la cellule de la société humaine. L'union de pl[illegible] [illegible] par l'institution civile du mariage (*ritus* jourd[illegible] [illegible] fondement, a, partout, donné lieu à ans [illegible] [illegible] nombre de délits, dont l'organisation cha[illegible] [illegible] même qu'on s'est faite du mariage. po[illegible] [illegible] entre la morale individuelle et la [illegible] [illegible] sociétés anciennes à punir l'*inceste* et [illegible] [illegible] que, partout où la *polygamie* a paru [illegible] [illegible] la conservation de la famille, [illegible] [illegible] délits, soit le fait de violer la foi [illegible] [illegible] contracter un second mariage avant la [illegible] [illegible] deux dernières formes de délits [illegible] [illegible] à part des législations modernes, [illegible] [illegible] par des dispositions distinctes,

[illegible] [illegible] l'adultère qu'au point de vue pénal, [illegible] [illegible] positif peut être ainsi caractérisée. [illegible] [illegible] autrefois faites entre l'adultère de la [illegible] [illegible] soit quant à l'incrimination, soit quant [illegible] [illegible] paraître ou à s'atténuer. D'autre part, [illegible] [illegible] sévères, qui frappaient l'adultère, ten- [illegible] [illegible] modifier.

[illegible] [illegible] législations anciennes, l'inégalité entre la [illegible] [illegible] que, car, d'après son concept primitif, [illegible] [illegible] être commis que par la femme. C'est [illegible] [illegible] historiques successives qui ont formé [illegible] [illegible] *de la femme* au préjudice du mari. [illegible] [illegible] *conjugal*, la première exclut la notion [illegible] [illegible] rapports du mari et de la femme. A Rome, [illegible] [illegible] alors que le pouvoir des maris sur leurs

[illegible] *de l'adultère*, 1871 ; SILVE, *Traité de l'adultère*, [illegible] *historique*, 1873 ; BRIDEL, *Étude critique sur la* [illegible] *Bull. legis. comp.*, 1893, p. 278[illegible]. LOMBROSO [illegible] [illegible] Turin, 1893 ; Guillaume FERRERO, *Le crime* [illegible] *passé et son* [illegible] *Arch. d'ant. crim.*, t. IX, p. 392[illegible].

[illegible] droit [illegible] l'objet d'une savante étude de notre [illegible] *Le délit* [illegible] *à Rome* (Paris, 1878).

femmes était sans limites, l'adultère ressortissait au tribunal domestique : aussi le mari était-il l'arbitre du sort de la femme coupable. Mais, avant de prononcer la peine, qui, d'ordinaire, consistait dans un bannissement, il devait prendre l'avis des plus proches parents de celle-ci. Plus tard, la loi *Julia*, portée par Auguste, donna à l'adultère le caractère d'un *crime public*, dont l'accusation était ouverte à tous les citoyens, et prononça la peine de la relégation contre la femme et son complice[2]. Constantin remplaça la peine de la relégation par la peine de mort, mais en restreignant le droit d'accuser aux plus proches parents[3]. Enfin, Justinien, tout en maintenant la peine de mort contre le complice, modifia la pénalité à l'égard des femmes, en ordonnant, dans la célèbre Novelle 134, qu'elles seraient fustigées et enfermées dans un monastère d'où le mari restait maître de les retirer dans les deux années qui suivaient la détention; si le mari n'avait pas usé de son droit de grâce, elles devaient prendre le voile. Cet ensemble de dispositions, qui résume le développement progressif de la jurisprudence romaine, relativement à la répression de l'adultère, a été le point de départ des dispositions qui se retrouvent, aujourd'hui, dans notre droit. « Lorsque, à partir du xve siècle, notre ancienne jurisprudence composa sa théorie pénale presque entièrement avec des éléments romains, elle adopta, pour le délit d'adultère, les principes qu'elle trouvait consignés dans le Digeste et dans le Code[4] ». A l'exemple du droit romain, et sans subir, sur ce point, l'influence du droit canonique[5], elle considéra l'adultère comme un crime spécial à

[2] Loi 30, C., *Ad legem Juliam de adult.*; L. 2, §§ 8 et 9, D., *eod. tit.*

[3] L. 30, C., *Ad leg. Jul. de adulteriis.*

[4] Esmein, *op. cit.*

[5] Caus 32, quæst. 4, can. 4 : « *Eadem a viro, quæ ab uxore debetur castitas* ». *Id.*, quæst. 5, can. 23 : « *Christiana religio adulterium in utroque sexu pari ratione condemnat.* » Cfr. Walter, *Manuel de droit ecclésiastique*, § 314. La Caroline accepta le concept du droit canonique, et, tout en empruntant au droit romain, la peine conventuelle pour la femme, elle punit l'infidélité du mari (§ CXX) En ce qui concerne la procédure, le droit commun allemand se forma d'une combinaison de la Caroline et de l'ordonnance de 1577. Deux situations furent distinguées : 1° en principe, la répression de l'adultère ne pouvait avoir lieu, aux termes du § CXX de la Caroline, que

[illegible] la pratique des cours, tout un nou- [illegible] pour résultat d'augmenter les pou- [illegible] la poursuite qu'à lui seul, et [illegible] de pardonner. Quant à la pénalité, [illegible] de la Novelle et de la législation [illegible] la veille de la Révolution, se trouve re- [illegible] de Jousse [illegible] Aujourd'hui, la jurispru- [illegible] en France, est qu'à l'égard de la femme [illegible] dans toute sa rigueur, la Novelle 134, ch. 10, et [illegible] *toute* du Code *ad leg. Jul. de adulteriis*. On [illegible] la peine du fouet : ainsi, on condamne la [illegible] *authentique*, c'est-à-dire renfermée dans un cou- [illegible] temps pendant lequel son mari peut la recevoir [illegible] sinon, ledit temps passé, elle est condamnée à [illegible] sa vie durant.

[illegible] pénal de 1791 et la loi des 19-22 juillet de la même [illegible] la police municipale, gardent le silence sur le délit [illegible] Mais, d'après le Code civil de 1804, le mari peut [illegible] pour cause d'adultère de sa femme, le divorce ou la séparation de corps. Dans le cas où la demande est admise, la [illegible] condamnée, par le même jugement, et sur la réqui- [illegible] ministère public, à un emprisonnement de trois mois [illegible] civ., art. 298 et 308. Quant au mari, coupable [illegible] conjugale, il échappe à toute peine, alors [illegible] une concubine dans la maison commune. [illegible] que l'on accorde à la femme outragée, c'est celui [illegible] dans ce cas, le divorce ou la séparation de corps [illegible] art. 230 et 206. Une injustifiable inégalité existe ainsi,

[illegible] mais, alors, elle s'étendait à tous les com- [illegible] la poursuite devait avoir lieu d'*office* [illegible] XXVI, § 2, de l'ordonnance de 1577, quand le [illegible] cohabiter avec une concubine mal famée, [illegible]

[illegible] 215. Cfr. [illegible], *Code criminel*, t. I, p. 113.

[illegible] 1792, art. 5 enlevait seulement à la femme, [illegible] avait causé le divorce, ses droits dans [illegible] *peine civile*, que quelques publicistes proposent [illegible] contemporain.

sous ce régime, entre les deux époux, au point de vue civil comme au point de vue répressif[9].

Le Code pénal de 1810 se contente de l'atténuer. Il comprend, parmi les attentats aux mœurs, la violation de la foi conjugale, soit de la part du mari, soit de la part de la femme, et punit ce fait d'une peine correctionnelle. Mais si, dans la succession des lois et coutumes qui, depuis l'époque d'Auguste, ont prévu l'adultère, le Code pénal de 1810 est le premier qui, dans certains cas, ait ouvert à la femme une poursuite en adultère contre le mari, il ne l'a fait qu'en se montrant singulièrement plus indulgent à l'égard du mari soit quant à la constitution, soit quant à la répression du délit d'adultère.

Cette inégalité entre les deux époux, qui subsiste toujours au point de vue pénal, a complètement disparu au point de vue civil. La loi du 27 juillet 1884 a rétabli le divorce et, en même temps, modifié l'article 230 du Code civil, aux termes duquel l'adultère du mari n'était une cause de divorce que lorsqu'il avait entretenu sa concubine dans la maison conjugale. Cette disposition est maintenant ainsi conçue : « *La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari.* » Mais les motifs qui ont déterminé cette grave innovation sont particuliers à la législation civile de l'adultère[10]. Ils n'ont pas entraîné une modification analogue de l'article 339 du Code pénal, qui subsiste encore aujourd'hui, tel qu'il était en 1810, avec l'inégalité qu'il consacre entre la femme et le mari [11].

1868. Depuis cette époque cependant, les idées ont marché, et un double problème, qui a reçu des solutions diverses et contradictoires, a été agité dans les pays étrangers comme dans le nôtre : 1° on s'est demandé s'il ne convenait pas de supprimer

[9] Cette distinction était empruntée au droit de Justinien (nov. 117, ch. 9). L'ancien droit, comme nous l'avons dit, n'admettait pas la femme à se plaindre de l'adultère du mari. Voy. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 516.

[10] Voy. sur la question : Fuzier-Herman, dans le Journal *Le droit*, n° du 5 juillet 1884. Cfr. Beudant, *Cours de droit civil français*, t. I, n° 307.

[11] On avait bien pensé, en 1884, à faire disparaître le désaccord entre la législation civile et la législation pénale de l'adultère. Mais on n'a pas voulu, faisant une loi sur le divorce, toucher au Code pénal.

la peine de l'adultère et de laisser à la justice civile seule le soin de réparer l'offense de l'époux outragé; 2° et dans le cas où l'on maintiendrait la répression, s'il ne fallait pas effacer toute différence entre l'adultère du mari et celui de sa femme.

1869. La commission chargée de la rédaction du Code pénal des Pays-Bas avait proposé d'effacer l'adultère du catalogue des délits. L'exposé des motifs résumait, avec exactitude et précision, les principaux arguments qu'ont pu invoquer les partisans de cette réforme. Toutes les peines prononcées contre l'adultère, disait-on, sont injustes et insuffisantes. Ou bien dans le système de législation qui réprime l'adultère, le délit se poursuit d'office, et alors les dangers du scandale et les inconvénients de la poursuite, dépassent le préjudice que le délit a fait courir à la société; ou bien on donne au conjoint offensé le droit exclusif de porter plainte, et alors la répression se mesure sur l'humeur plus ou moins irritable du dénonçant. D'un autre côté, la peine de l'adultère n'a aucun effet préventif; elle ne suffit pas à arrêter ceux que n'arrêtent pas des considérations plus élevées. Enfin, la sanction civile de la séparation de corps ou du divorce est la seule réparation naturelle et vraiment efficace de la violation de la foi conjugale [12]. Partout où elle existe, elle rend inutile une autre sanction. Ces raisons n'ont cependant pas prévalu, et le Code pénal hollandais de 1881 (§ 241) punit d'un emprisonnement de six mois au plus : 1° la personne mariée qui commet un adultère ; 2° celui qui n'étant pas marié commet l'acte, sachant que le complice est marié. Les législations étrangères, à l'exception de la législation anglaise [13], et du Code pénal géné-

[12] V. dans le *Bulletin de la société de législation comparée* (1877-1878, p. 292), une étude de M. Pierre Dareste, sur le projet de Code pénal pour les Pays-Bas.

[13] L'adultère, en Angleterre, est du ressort de la justice civile : il ne constitue pas un *délit pénal*, mais un *délit civil*. Le mari, qui demande le divorce pour cause d'adultère de sa femme, doit, à moins de raisons particulières agréées par la cour, poursuivre, en même temps, le complice ; et la cour peut, soit condamner ce complice à une réparation pécuniaire plus ou moins considérable, soit le renvoyer des fins de la plainte. Voy. *Législation comparée de peuples européens*, t. I, p. 492, 676, note 2.

vois[14], ont également considéré l'adultère comme un délit social et l'ont puni de peines variant de six mois à deux ans de prison au maximum[15].

Cette unanimité, dans la répression, témoigne d'une unanimité dans l'appréciation de l'adultère. C'est qu'en effet, la loi punit la violation de la foi conjugale, non seulement en faveur de l'époux trahi qu'elle blesse dans ses affections et son honneur, mais encore et surtout pour garantir la loyauté du mariage. L'ordre dans la famille, qui est la condition même de l'ordre dans la société, implique la répression d'un fait d'où résulte, le plus souvent, la dissolution même de la famille. Le divorce n'est pas un succédané de la peine de l'adultère[16], puisque, d'une part, ce moyen de réparation concerne seulement les rapports des époux, et qu'il ne fait pas cesser le préjudice social, mais, au contraire, l'aggrave; et que, d'autre part, le rétablissement du divorce en France, par la loi du 27 juillet 1884, ne paraît pas avoir eu un effet sensible sur la diminution de l'adultère[17]? L'efficacité du divorce, à ce point de vue, est une de ces illusions

[14] Le Code pénal de Genève est le seul des Codes pénaux suisses qui ne consacre pas la répression pénale de l'adultère. Voy. Stooss, *Grundzüge*, p. 272; Brusel, *Le droit des femmes et le mariage*, p. 28 et suiv.

[15] V. Code pénal autrichien (§ 502); Code pénal belge (art. 387 à 390); Code pénal espagnol (art. 448 et suiv.); Code pénal hongrois (§ 246); Code pénal allemand (art. 192); Code pénal italien (art. 353 et 354). D'après le Code pénal allemand et le Code pénal hongrois, l'adultère, pour être punissable, doit d'abord avoir servi de base au divorce. Ce n'est pas une simple condition de la poursuite, mais un élément même du délit.

[16] Parmi les moyens préventifs qu'il appelle les *succédanés de la peine*, M. Enrico Ferri préconise le divorce contre l'adultère. Il invoque, à ce sujet, la statistique du Massachussets, de laquelle il résulte que, de 1865 à 1878, le nombre des divorces a augmenté de 337 à 564, pendant que le nombre des adultères poursuivis a baissé de 195 à 135. Mais il s'agirait précisément de savoir si les divorces en question n'ont pas été prononcés ou demandés en grande partie en raison des adultères.

[17] M. Bertillon, dans sa belle monographie sur le *Divorce*, au point de vue de la statistique, n'a pu arriver à des données bien précises à cet égard. Le relâchement du lien conjugal en France depuis 1884 et la déplorable facilité avec laquelle sont prononcés par les tribunaux les séparations de corps et les divorces constituent néanmoins deux faits difficiles à contester.

[illegible] formel dans tous les [illegible] que le mari perspicace compte [illegible] du Code contre l'adultère [illegible] femme[18] », c'est ce dont nous [illegible] de savoir si la société n'a pas [illegible] sur ces articles pour venir en aide à [illegible] dans tous les cas, elle ne doit pas, dans [illegible] chercher à prévenir le scandale de l'adultère, [illegible] d'une peine ceux qui viendraient à le commettre. [illegible] nous, du reste, que si l'Etat a le droit de punir [illegible] a pas le devoir, et que l'époux reste le seul [illegible] de la poursuite[19]. C'est pourquoi, dans [illegible] européennes, le pouvoir de la partie lésée, [illegible] s'étend jusqu'à empêcher la poursuite. Quel- [illegible] mettent même au mari d'arrêter l'action publique [illegible] engagée, et de libérer la femme des suites du [illegible] adultère est ainsi resté un délit demi-privé, ce qui [illegible] singulière théorie de la compensation des torts par [illegible] laquelle le mari perd le droit de poursuivre sa femme [illegible] même condamné pour avoir entretenu une concu- [illegible] la maison conjugale.

1870. En admettant même que la *morale* place sur la même [illegible] adultère de la femme et celui du mari, on ne peut con- [illegible] qu'au *point de vue social*, le premier soit plus grave que [illegible] second. L'adultère de la femme entraîne, en effet, des con- [illegible] quences plus fâcheuses : 1° d'abord parce qu'il peut faire [illegible] dans la famille légitime un enfant qui n'appartient pas à [illegible] que la loi regarde comme le père; 2° ensuite, parce que, [illegible] l'état de l'opinion publique, dont la loi ne peut s'isoler, il [illegible] déshonore et ridiculise le mari. Le Code pénal français, s'inspi- [illegible] de ce point de vue et l'exagérant peut-être, a établi, entre [illegible] adultère du mari et celui de la femme, des différences basées, [illegible] à la fois, sur la *constitution* et sur la *pénalité du délit*. Ces différences sont au nombre de quatre.

[18] Enrico Ferri, *I nuovi orizonti*.

[19] Voy. en sens contraire : Alfred Gautier, *Contre la répression pénale de l'adultère* (*Rev. pén. suisse*, 1894, p. 355 à 379).

I. L'article 339 a d'abord restreint la répression de l'adultère du mari au cas seulement où celui-ci a entretenu une concubine dans la maison conjugale : « Dans toute autre circonstance, disait l'orateur du gouvernement, le fait serait trop incertain, trop difficile à établir; les recherches dégénéreraient souvent en inquisition et n'amèneraient pour tout résultat que du scandale. » L'adultère de la femme est punissable dans tous les cas (C. p., art. 336). C'est à peu près la même distinction qu'établissaient les art. 229 et 230 du Code civil : elle a disparu ici depuis 1884, et subsisté là. Cette différence a sa raison d'être : le mari, en cédant à l'instinct sexuel, peut néanmoins conserver son affection et son estime à la femme qui est la compagne de sa vie. Mais la femme, infidèle aux lois de la pudeur, *se livre* complètement à celui qui la *possède*. De sa part, il n'y a pas de faute passagère, accidentelle : elle n'arrive à la chute qu'après avoir brisé, le plus souvent pour toujours, les liens qui l'attachaient à son foyer et surtout à son mari. Un seul fait d'adultère de sa part, c'est la mort du mariage et la dissolution de la famille. Par conséquent, tandis que, vis-à-vis de la femme, le délit est constitué par un fait unique d'*adultère*, il ne doit l'être, vis-à-vis du mari, que par le *concubinage*. Mais ce qu'on s'explique mal, c'est la nouvelle exigence de la loi française, l'entretien de la concubine dans la *maison conjugale* même. Cette circonstance est, sans doute, de nature à aggraver le délit, et le mari qui, après avoir brisé cette *individua vitæ consuetudo*, qui est l'essence du mariage, et avoir ainsi consommé un divorce moral, méconnaîtrait les égards dont sa femme doit être l'objet au point d'installer une rivale dans la maison conjugale mériterait certes d'être plus sévèrement puni. Mais pourquoi faire de cette circonstance la condition même de la poursuite? Pourquoi voir un délit seulement dans le fait d'un mari qui vit en concubinage dans le domicile où l'épouse a le droit d'être reçue?

II. Si la réciprocité complète de l'homme et de la femme, au point de vue de la constitution du délit d'adultère, nous paraîtrait contraire aux lois de la nature et à l'état de l'opinion publique, l'inégalité, dans la répression, pour le mari qui a entretenu une concubine dans la maison conjugale et pour la femme

III. Le mari a le droit de grâce (C. p., art. 337 § 2) ; la femme ne l'a pas au regard du mari.

IV. Il existe enfin, pour l'application de l'article 324 du Code pénal, une différence importante entre le mari et la femme au point de vue de la provocation. Le meurtre de l'épouse par l'époux est excusable, tandis que celui de l'époux par l'épouse ne l'est pas. Et on ne peut nier que ce double système soit difficile à expliquer. Le législateur admet que le mari qui surprend sa femme en flagrant délit d'adultère n'a plus, dans ces conditions, la liberté d'esprit et le sang-froid nécessaires pour résister au sentiment de vengeance ; il exige que la réaction soit immédiate, c'est-à-dire que le mari agisse à l'instant où il surprend les coupables. Mais la femme, en face de l'adultère du mari, éprouve elle aussi une légitime colère qui, sans l'innocenter, diminue sa culpabilité si elle se venge.

1871. Le Code pénal ne s'est pas borné à indiquer les caractères du délit d'adultère, il a inscrit, dans ses dispositions, les conditions toutes spéciales de la poursuite. Nous devons donc examiner, dans deux paragraphes distincts : 1° les caractères du délit ; 2° les règles relatives à sa poursuite.

1872. L'adultère n'a point été défini par la loi française, mais il est de tradition qu'il suppose la réunion et la coexistence de trois conditions : 1° La consommation des rapports illicites ; 2° Le fait que les coupables, ou au moins l'un d'eux, sont mariés ; 3° La volonté ou l'intention criminelle.

1873. I. L'adultère réside essentiellement dans le commerce illicite d'un homme et d'une femme (*fornicatio*)[21]. Cette condition est nécessaire mais suffisante. 1° Les familiarités les plus coupables, les privautés les plus obscènes, les actes impudiques qu'une femme mariée se permettrait sur elle-même, les rapports monstrueux qu'elle aurait ou qu'aurait le mari avec des

tale. » Pour la femme, il est difficile d'adapter à la répression du délit une pénalité ayant quelque rapport avec la situation qu'il suppose.

[21] Cette règle est traditionnelle. Fournel (*Traité de l'adultère*, p. 5) enseigne que, pour la constitution de l'adultère, il fallait essentiellement que les rapports fussent consommés, « *ita unum sint et sese commisceant.* » La même notion se retrouve dans toutes les législations modernes.

qui a commis u[illegible] [illegible] être incriminés sous la
justifier. Le p[illegible] [illegible] que le délit d'adultère
au législateur [illegible] fait la consommation de
genre de d[illegible] [illegible] suivant l'expression des anciens
surtout de [illegible] Mais le délit existe quand bien
qu'une s[illegible] [illegible] l'un des deux agents rendraient
car, ave[illegible] [illegible] impossible. Le résultat de
concub[illegible] [illegible] punit, c'est la violation,
en pay[illegible] [illegible] la foi conjugale.
devr[illegible] [illegible] qu'au moins l'un des pré-
co[illegible] [illegible] du mariage. On ne distingue
[illegible] [illegible] le faisaient les lois canon-
[illegible] *inter uxoratos*, et l'adultère sim-
[illegible] si le commerce illicite se place
[illegible] ou après sa dissolution[illegible]. C'est
[illegible] l'élément illicite du fait, puis-
[illegible] les rapports sexuels en dehors du
[illegible] prévenu peut opposer à la pour-
[illegible] de la nullité du mariage. Mais le tri-
[illegible] compétent pour la résoudre? Doit-il,
[illegible] statuer et renvoyer l'examen de la
[illegible] civils?
[illegible] pour toutes, ce problème [illegible]
[illegible] les plus généraux, pour en faire
[illegible] au délit d'adultère.
[illegible] *d'époux* mettent toujours [illegible]
[illegible] d'un mariage. Devant la juridic-

[illegible] 21 mars 1895 S. 95. 2. 297 ;
[illegible] 1887 [illegible] 89. 2 [illegible]
[illegible] Cass., 13 [illegible] 1842

répressive, elles peuvent se présenter, ou bien comme questions *principales*, supposant une réclamation d'état d'époux, ou bien comme questions *incidentes*, supposant une contestation de cet état.

a La question d'état est *principale*, dans toute poursuite qui a pour objet un *délit de suppression d'état d'époux*, c'est-à-dire dans tout délit qui a détruit ou altéré l'acte de célébration du mariage, inscrit sur les registres de l'état civil. L'acte de mariage, telle est, en effet, la preuve *unique* du mariage, du moins vis-à-vis des époux. Or, il est certain que la poursuite ou le jugement d'un délit de suppression d'état d'époux n'est suspendu par aucune question préjudicielle. C'est ce qui résulte des articles 198, 199 et 200 du Code civil.

Du reste, la preuve du mariage a pu être supprimée de deux manières, et la situation des parties n'est pas la même dans les deux cas. A-t-elle été supprimée par la destruction totale ou partielle des registres de l'état civil, sur lesquels était inscrit l'acte de célébration? L'action tendant à faire rétablir cette preuve, sera portée, par les parties intéressées, ou, conjointement avec l'action publique, devant le tribunal de répression, ou, séparément, devant le tribunal civil. Dans cette hypothèse, en effet, le fait de la célébration du mariage peut être directement prouvé par témoins, dans les termes de l'article 46 du Code civil. Mais la situation des époux serait différente si la preuve du mariage avait été supprimée, soit par un faux commis sur les registres (C. p., art. 145, 146, 147, 173), soit par l'inscription de l'acte de mariage sur une feuille volante. Dans ces cas, en effet, la preuve directe par témoins de la célébration du mariage ne serait pas admissible devant les tribunaux civils, et cette célébration ne pourrait être établie que par le résultat de ce que l'article 198 du Code civil appelle « *une procédure criminelle* », c'est-à-dire par le résultat d'une action publique ou civile, intentée devant le *tribunal de répression*, soit par le ministère public, soit par les parties intéressées elles-mêmes. Lorsque la juridiction répressive aura constaté la célébration légale du mariage et, par conséquent, l'état d'époux, l'inscription du jugement ou de l'arrêt sur les registres de l'état civil

[illegible]

[illegible] la part [illegible]
[illegible] trois [illegible]
[illegible] Mais, pour q[illegible]
[illegible] du Code pen[illegible]
[illegible] à maison conj[illegible]
[illegible] adultère a eu lieu [illegible]
[illegible] concubine et de [illegible]
[illegible]. Nous avons [illegible]
[illegible] rationnel, cette ex[illegible]
[illegible] expliquer.

[illegible] cubine, c'est avoir, avec [illegible]
[illegible] d'adultère, même [illegible]
[illegible] insuffisant pour [illegible]
[illegible] faut considérer comme une [illegible]
[illegible] la femme que le mari a amenée
[illegible] but unique d'avoir, avec elle, des
[illegible] toute femme, qui, se trouvant au
[illegible] titre que ce soit, vit en concubi-
[illegible] une institutrice des enfants du
[illegible] personne quelconque de la fa-

[illegible] est celui où réside l'époux, où il
[illegible] r, et où celle-ci, par une juste

[illegible] 1632 ; Blanche, t. V, n° 171 ; B[illegible]
[illegible] s'est présenté plusieurs
[illegible] sommeil de la femme, dans
[illegible] et aurait eu des
[illegible] a pas délit
[illegible] conditions
[illegible] a dû se
[illegible] 1.150.
[illegible] V, n° 201 ;
[illegible] Seyl.

réciprocité, a le droit de se faire recevoir : *domicile conjugal* est synonyme de *domicile marital*. La question de savoir si l'habitation, dans laquelle le mari a entretenu sa concubine, a ou n'a pas ce caractère, qui est une condition même du délit, dépend évidemment de constations de fait et de circonstances que les juges ordinaires doivent apprécier sous le contrôle de la Cour de cassation. On trouvera, sur cette question, de nombreuses décisions de jurisprudence; elles se résument en cette proposition que, partout où le mari va habiter ou peut habiter pour l'utilité de ses affaires, pour ses convenances ou pour toute autre cause, il doit être prêt à recevoir sa femme (C. civ., art. 214) et qu'il commettrait un adultère s'il cohabitait avec une concubine là où sa femme avait le droit d'être reçue. Les deux idées sont, en effet, corrélatives[29].

1880. Après que la séparation de corps ou le divorce a été prononcé, quelle est la situation des époux au point de vue de l'adultère? Le divorce, dès que le jugement est transcrit, rompt le lien conjugal et, par conséquent, met fin aux droits et aux devoirs mutuels des époux. Chacun d'eux recouvre sa liberté, la femme comme le mari. Il en est autrement de la séparation de corps, qui relâche, sans les rompre complètement, les liens du mariage.

[29] Ainsi, la maison conjugale n'est pas nécessairement l'habitation ordinaire des époux ni le domicile légal du mari. Peu importe, par conséquent, que l'adultère ait eu lieu au domicile ordinaire des époux ou dans une maison de campagne où ils n'iraient passer que quelques mois de l'année. Il a été jugé qu'un homme, domicilié légalement à Paris, mais ayant ailleurs une entreprise de travaux publics dont la surveillance exigeait sa présence dans la localité où ses travaux s'exécutaient, avait sa maison conjugale dans cette localité (Dijon, 30 mai 1877, D. 79. 2. 216). Il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait délit d'adultère, que la femme habite actuellement, en fait, le logement où le mari entretient sa concubine, ni même que la femme l'ait jamais habité avec le mari. Il suffit que ce logement puisse être considéré comme la demeure actuelle du mari. Ainsi, d'après plusieurs arrêts, le logement que le mari occupe en commun avec une concubine, doit, bien que le bail ait été fait sous un nom supposé, être considéré, au point de vue de l'adultère, comme le domicile conjugal, lorsque le mari est, en réalité, le seul et véritable locataire, qu'il l'a garni de meubles lui appartenant, et que d'ailleurs il n'a pas d'autre domicile (Cass., 28 févr. 1868, D. 68. 1. 233; 10 juin 1880, D. 81. 1. 192). Voy. BLANCHE, t. V, n° 202.

1881. La loi s'est occupée, spécialement à deux points de vue, de celui qu'elle qualifie de *complice* de la femme adultère et qui est, en réalité, le *coauteur* du délit, puisque le délit consiste dans le commerce illicite[35]. Elle ajoute, dans l'article 338 du Code pénal, une peine spéciale d'amende à la peine d'emprisonnement qui frappe l'auteur principal. Elle organise un système légal de preuves : car, aux termes de l'article 338 § 2, les seules preuves qui peuvent être admises contre le prévenu de complicité, sont, « outre le flagrant délit, celles résultant de lettres ou autres pièces écrites par lui. » Sans insister en ce moment sur ces dérogations au droit commun, que nous examinerons plus loin, on a pu en conclure que la complicité, en matière d'adultère, avait un caractère spécial qui résultait de la

dans son domicile, ne pouvait pas être condamné pour ce fait postérieurement au jugement de séparation, les effets de cette séparation remontant au jour de la demande et, par suite, la maison conjugale ayant cessé d'exister à cette date : — Attendu que, pendant toute la durée du mariage, le domicile du mari est la maison conjugale ; qu'il en est ainsi, du moins, tant qu'il n'y a pas eu une séparation de corps prononcée ; que la demande en séparation ne change rien à cet état de choses ; qu'en effet si le juge a le droit d'autoriser la femme à quitter momentanément l'habitation commune, cette mesure est essentiellement provisoire, et peut cesser, d'un moment à l'autre, par la volonté des époux ou par le rejet de la demande en séparation ; qu'il faut donc tenir pour certain que, pendant l'instance, la maison conjugale continue à exister, sous la protection de la loi et dans les termes de l'article 339 du Code pénal ; — Attendu qu'il importe peu que, suivant le principe invoqué par le pourvoi, l'effet du jugement de séparation de corps rétroagisse au jour de la demande ; que si cette rétroactivité peut être admise, par application de l'article 1445 du Code civil, en ce qui concerne la séparation de biens, conséquence forcée de la séparation de corps, il n'en saurait être de même pour les obligations morales des époux, et spécialement pour ce qui touche à l'habitation commune et aux devoirs d'assistance et de fidélité mutuelles ; que ces obligations et ces devoirs subsistent tout entiers tant que les liens du mariage n'ont pas été relâchés par la séparation de corps : qu'il n'est donc pas possible d'admettre qu'un jugement de séparation, survenant après l'entretien d'une concubine dans la maison conjugale, fasse disparaître le délit commis par le mari... » Voy. sous cet arrêt la note de M. Villey.

[35] Cette observation sur la qualification juridique exacte de l'homme qui a des rapports avec une femme mariée est importante au point de vue de la question de savoir si la concubine du mari est punissable.

prudence paraît admettre, au moins en ce qui concerne la concubine du mari, l'application du principe général, établi par l'article 59 du Code pénal, d'après lequel le complice d'un crime ou d'un délit est puni de la même peine que l'auteur principal[51]. Cette solution nous a toujours paru regrettable. Que le complice de la femme soit puni et puni plus sévèrement que la femme elle-même, bien qu'il n'ait pas commis une violation personnelle de la foi conjugale, cela doit être, car, dans l'état de nos mœurs, c'est lui, presque toujours, qui est l'auteur de la séduction. Que

[51] Cass., 16 novembre 1855 (D. 56. 1. 42); Angers, 4 février 1886 (D. 56. 2. 268); Limoges, 1er décembre 1859 (D. 60. 2. 5); Cass., 28 février 1868 (D. 68. 1. 233); Paris, 20 décembre 1873 (D. 75. 2. 72). Blanche, *op. cit.*, t. V, n° 214, s'exprime ainsi sur la question : « Le Code, il est vrai, a pris soin d'occuper expressément le complice de la femme (C. p., art. 338), et il est muet sur la concubine qui s'est associée au libertinage du mari. On ne peut tirer de ce silence que celle-ci restera impunie. En effet, la loi était dans la nécessité de mentionner d'une manière formelle le complice de la femme dans l'article 338, puisque, d'une part, elle ne voulait le soumettre à un genre particulier de preuves, et que, d'autre part, par exception au principe général de l'article 59 du Code, elle entendait lui infliger une peine pratique peu différente de celle qu'elle prononçait contre l'auteur principal. Au contraire, elle n'avait pas à s'occuper d'une manière expresse, de la concubine du mari, si elle admettait contre elle tous les genres de preuve, et si elle lui infligeait la même peine qu'à l'auteur principal du délit. » — Si ce raisonnement est exact, les tiers qui, par un acte rentrant dans les termes du droit commun, auront provoqué, ou facilité l'adultère, seront punissables comme complices : Bedel, *Traité de l'adultère*, n°s 56 et suiv.; Sieye, *Traité sur l'adultère au point de vue historique et juridique*, p. 417. Or, je ne crois pas qu'il y ait d'exemples de poursuites intentées contre d'autres personnes que le complice de la femme ou la concubine du mari, c'est-à-dire contre les seuls *coauteurs* du délit. On reconnaît donc, dans la pratique jurisprudentielle, que les règles générales relatives à la complicité ne sont pas applicables à l'adultère. Il s'agit, dans l'article 338, d'une complicité spéciale qui résulte d'une coopération nécessaire et à l'égard de laquelle on ne peut invoquer les principes de la complicité ordinaire. C'est le coauteur du délit commis par la femme qui seul peut être puni. Dans tous les cas, de quelle peine frappera-t-on les autres complices de la femme, par exemple, le propriétaire de garnis qui a loué sciemment à celle-ci une chambre où elle reçoit son amant? est-ce la peine dont la loi frappe le complice, emprisonnement et amende, qui sera appliquée? Cette question qui demeure insoluble dans le système de l'application de l'art. 60 du Code pénal au délit d'adultère, montre bien que le législateur n'a entendu frapper que l'amant de la femme.

punit le mari seulement d'une amende; ce qui a pour résultat d'établir, entre les époux, une flagrante inégalité, dans la répression du délit d'adultère, contre lequel, du reste, une peine pécuniaire est absolument inefficace.

1883. L'adultère, comme tout autre délit, est de nature à motiver, contre l'époux infidèle et son complice, une action en dommages-intérêts, tendant à la réparation du préjudice matériel et moral dont le délit a été la cause. Cette proposition qui consiste à affirmer que le droit commun s'applique à l'adultère a pu être contestée[27] que par suite de la répugnance qu'inspire, dans l'état de nos mœurs, un mari ou une femme trouvant, dans l'adultère de son conjoint, la base d'une action pécuniaire et frappant monnaie avec son déshonneur. Mais il importe de remarquer : 1° d'une part, que l'action en réparation n'appartiendra pas seulement à l'époux trompé, mais à toute personne lésée par le délit et, particulièrement, aux enfants du mariage, qui sont souvent les victimes les plus intéressantes de l'adultère; 2° d'autre part, que l'indemnité à laquelle seraient condamnés la femme et son complice ne pourra dépasser la réparation du dommage matériel ou moral éprouvé par le plaignant (C. civ., art. 1149). Les tribunaux commettraient un excès de pouvoir en l'exagérant au point de lui donner le caractère soit d'une punition de la faute commise, soit d'un subside accordé au mari[28];

[27] Voir, par exemple : Carnot, *op. cit.*, sur l'article 338, n° 6; et dans un sens moins absolu : Bedel, *op. cit.*, n° 65. Mais dans le sens de l'application du droit commun : Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1664. La jurisprudence paraît unanime à admettre le principe de l'action en dommages-intérêts, particulièrement contre la femme adultère et son complice : Cass., 17 janv. 1829 (*Journ. du dr. crim.*, 1829, p. 274 : Poitiers, 4 février 1837 (S. 37. 2. 374); Trib. Besançon, 1er février 1866 (D. 66. 2. 136 : Rennes, 22 février 1869 (D. 73. 1. 209); Toulouse, 29 juin 1864 (D. 64. 2. 174 : Aix, 7 juin 1882 (S. 83. 2. 219). Par suite, l'obligation souscrite par le complice de la femme adultère n'est pas nulle, comme n'ayant pas de cause, ou comme ayant une cause illicite ou immorale, pourvu, toutefois, qu'elle ne soit pas le résultat de la violence et qu'elle ait été librement souscrite. Cass., 15 juillet 1878 (S. 79. 1. 394 et la note de M. Labbé; Bordeaux, 14 avril 1876, sous Cass., 15 juillet 1878, précité.

[28] Voy. l'arrêt précité d'Aix du 7 juin 1882.

parce que tout autre est sans qualité et sans intérêt. Ce motif est certainement inexact. La loi punit l'adultère, non seulement en faveur de l'époux qui est blessé dans ses affections et son honneur, mais encore pour garantir le mariage, qui est une des bases de la société. L'adultère est donc un délit *social*. Mais, parallèlement à l'intérêt public qui en réclame la répression, il y a l'intérêt contraire de la famille et des enfants, dont l'époux offensé est le seul juge[5]. Lorsque celui-ci garde le silence, le ministère public ne doit pas d'office soulever la poursuite, à moins que l'adultère n'ait dégénéré en un autre délit[6]. L'adultère, comme la diffamation ou l'injure, constitue, dans le droit positif moderne, une des rares survivances de la tendance qui consiste, en présence d'infractions touchant au droit privé, à laisser agir la partie lésée et à réduire l'action publique au profit de l'action privée. On sait que la science contemporaine est favorable à ce concept, et l'organisation de la poursuite de l'adultère peut fournir à cet égard un type utile à examiner.

1885. Il n'est pas nécessaire, du reste, que le conjoint offensé se constitue *partie civile* devant la juridiction d'instruction ou de jugement et qu'il prenne ainsi l'initiative du procès pénal ; il lui suffit de porter *plainte*[7]; le ministère public peut alors poursuivre à sa requête. La plainte, qu'elle soit portée par

[5] Il faut remarquer, en effet, que dès que l'époux offensé consent, pour un motif quelconque, à pardonner la trahison de son conjoint, la société n'a plus d'intérêt à punir le fait d'adultère; elle irait même contre le but qu'elle se propose en érigeant l'adultère en délit, but qui consiste à maintenir indissolubles les liens du mariage, si elle autorisait la poursuite d'office, et si elle livrait à la publicité des faits que la partie lésée désire couvrir du voile de l'oubli.

[6] Bien entendu, si le fait de l'adultère dégénérait en outrage public à la pudeur, en attentat avec violence à la pudeur, le ministère public pourrait poursuivre d'office, sous l'une ou l'autre de ces qualifications, le fait matériel d'adultère, et les juges auraient le devoir de ne tenir compte, dans l'application de la peine, que des faits légalement compris dans la prévention. Sous cette réserve, la poursuite pourrait encore avoir lieu, même après que le mari se serait désisté de sa plainte. *Sic*, Cass., 26 août 1857 (D. 57. 1. 345); Rouen, 27 février 1859 (D. 59. 5. 18).

[7] En fait, du reste, c'est souvent sur l'initiative du conjoint offensé et à sa requête que la poursuite a lieu devant le tribunal correctionnel.

aujourd'hui abrogé par la loi du 27 juillet 1884 sur le divorce, disposait que lorsque la séparation de corps serait prononcée contre la femme pour cause d'adultère, celle-ci devrait être condamnée, sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction. Mais s'il résultait de cette disposition que le ministère public, à la suite de la demande en séparation de corps formée par le mari, pouvait requérir, comme *partie jointe*, contre la femme, dans l'instance civile, il n'en résultait pas nécessairement qu'il pût agir, au correctionnel, comme *partie principale*, contre la femme et contre son complice. A plus forte raison, l'action en dommages-intérêts, intentée devant le tribunal civil par l'un des époux contre l'autre pour fait d'adultère, n'autoriserait pas le ministère public à mettre l'action publique en mouvement devant le tribunal de répression. En un mot, si une plainte de l'époux outragé est suffisante, elle est, du moins, nécessaire.

1886. Du reste, la plainte de l'époux outragé, nécessaire pour qu'il y ait lieu à poursuite, n'est pas toujours recevable.

a L'article 336 élève d'abord contre la faculté qu'il donne au mari de dénoncer l'adultère de sa femme au point de vue pénal, une fin de non-recevoir tirée de ce qu'il a lui-même entretenu une concubine dans la maison conjugale[1]. Cette disposition est une

correctionnelle donnée à un tribunal civil. Le Code pénal de 1810, qui reproduit la même pénalité contre la femme, aurait dû abroger le dernier alinéa de l'article 308. Il ne l'a pas fait, et jusqu'en 1884, la *répression* de l'adultère de la femme pouvait avoir lieu, soit par la voie civile, soit par la voie répressive. La loi du 27 juillet 1884 a fait disparaître cette anomalie. Nous avons déjà vu, du reste, que certaines législations étrangères, et particulièrement le Code pénal allemand, n'incriminent l'adultère que lorsqu'il a servi de base à une séparation de corps ou à un divorce. Avec cette conception, il serait logique de réserver aux tribunaux qui prononcent la séparation de corps ou le divorce le droit de punir l'adultère.

[1] De ce que le mari perd le droit de dénoncer l'adultère de la femme au point de vue *pénal*, on ne doit pas en conclure que, dans le même cas, il perde le droit de demander la séparation de corps ou le divorce : ce serait aller trop loin, et la loi ne dit rien de semblable. On conçoit très bien, en effet, que l'adultère de la femme ait rendu la vie commune impossible, et, en même temps, que sa faute du mari lui enlève le droit de faire prononcer une peine contre sa femme.

application singulière de la compensation pour torts réciproques dans un délit où l'intérêt du mari à la répression surpasse l'intérêt de la société. L'adage : *Paria delicta mutua compensatione dissolvuntur* est de tradition en matière d'adultère[11]. Il a été recueilli par le Code pénal. La femme peut opposer la non-recevabilité de l'action au moment où elle est poursuivie : si elle apporte, en preuve, un jugement de condamnation, déjà prononcé pour adultère contre le mari, et passé en force de chose jugée, le tribunal doit la renvoyer de la plainte[12]; si, au contraire, ce qui est le plus fréquent, il n'y a pas encore eu de jugement sur ce point, l'inculpation portée par la femme contre son mari forme un incident à juger *préalablement* par le tribunal correctionnel. Cette singulière fin de non-recevoir, accordée à la femme à raison de l'adultère du mari, n'est pas accordée réciproquement au mari à raison de l'adultère de la femme[13].

b) La connivence du mari aux débordements de sa femme l'empêcherait-elle de porter plainte? Dans notre ancienne jurisprudence, bien que le ministère public ne pût, en thèse générale, poursuivre d'office l'adultère, cependant on laissait à son action toute indépendance lorsque le mari était le complice de sa

[11] Farinacius, *Quæstio* 142, n° 39; Damhouder, *Praxis rerum criminalium*, n° 40; Jousse, *op. cit.*, t. III, p. 226; Bedel, *De l'adultère*, n° 21.

[12] Les termes de l'article 336 sont généraux : nous croyons, par conséquent, que le mari *condamné* pour adultère, quoique revenu à une conduite plus régulière, a pour jamais perdu le droit de dénoncer sa femme. C'est, sans doute, donner à la femme et à ses complices, un brevet d'impunité. Mais le texte conduit à ce résultat. En sens contraire cependant : Paris, 18 juin 1870 (S. 70. 2. 338). La Cour de cassation a même décidé que le délit d'adultère du mari doit, pour que la femme puisse s'en prévaloir, avoir été, en quelque sorte, contemporain de celui de la femme, et elle en a conclu que si cet adultère s'était produit anciennement, il ne s'opposerait pas, alors même qu'il serait établi, à ce que le mari poursuivît l'adultère de sa femme : Cass., 20 novembre 1885 S. 86. 1. 88). Mais c'est refaire la loi, sous prétexte de l'interpréter. Cfr. sur la question : Hoffman, *Questions préjudicielles*, t. III, n° 535.

[13] *Sic*. Blanche, t. V, n° 210, Bedel, *op. cit.*, n° 74 ; Sieye, *op. cit.*, p. 403. Jurisprudence constante : Cass., 28 février 1850 (D. 50. 1. 45); Rennes, 20 janvier 1851 (D. 51. 2. 186); Cass., 23 mars 1865 (D. 65. 1. 389).

femme[14]. Cette restriction n'existe plus aujourd'hui : quelque honteux que soit le calcul du mari, le ministère public est impuissant à le déjouer. Mais si le mari se plaint de l'adultère qu'il favorise, sa plainte est-elle recevable? L'adultère étant un délit *social*, le consentement du mari ne peut ni faire disparaître l'infraction, ni effacer la culpabilité de la femme et du complice : il constitue, tout au plus, une circonstance atténuante, dont le juge tiendra compte dans l'application de la peine[15].

c On a cru trouver, dans l'interdiction du conjoint, une autre fin de non-recevoir ; cette opinion ne saurait être admise, quand l'interdiction est postérieure à la plainte ; même lorsque l'interdiction a précédé toute plainte, elle conduirait à donner au con-

[14] L'ancienne jurisprudence, en effet, déclarait le mari, qui était de connivence avec sa femme et qui avait favorisé sa débauche (*maritus qui lenocinium uxori præbuit*) indigne de porter plainte; mais, en même temps, elle autorisait le ministère public à poursuivre d'office. Le projet de Code général contenait des dispositions analogues : dans son article 291, il n'autorisait le mari à porter plainte contre sa femme que dans le cas où il n'aurait pas consenti à l'adultère; s'il y avait participé, une condamnation à l'amende intervenait contre lui, et, en outre, l'épouse coupable et son complice devaient être poursuivis d'office. Mais ces dispositions furent rejetées par le Conseil d'État, dans la crainte qu'elles ne devinssent une cause inutile de scandale. Locré, t. XXX, p. 393 et suiv.

[15] La question est controversée. Pour Mangin, *Traité de l'action publique*, t. I, n° 135, s'il résulte simplement des travaux préparatoires, rappelés à la note précédente, que le mari qui favorise la débauche de sa femme n'est plus passible d'aucune peine, il n'en résulte nullement qu'il lui soit permis de dénoncer sa femme, car si la réconciliation des époux élève une fin de non-recevoir contre la plainte du mari, *a fortiori* celui-ci ne doit-il pas être écarté lorsqu'il a autorisé les faits dont il vient demander la répression. Dans ce sens : Merlin, *Répert.*, v° *Adultère*, n° 9; Bedel, *op. cit.*, n° 20. Mais en sens contraire : Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1647; Le Sellyer, *Act. publ.*, t. I, n° 209; Blanche, t. V, n° 191; Haus, *op. cit.*, t. II, n° 1097. La Cour de Caen s'est prononcée, dans le courant d'une même année, successivement pour les deux opinions, une première fois, pour l'impossibilité de la poursuite : 1er février 1855 (S. 56. 2. 345), et, une seconde fois, pour la possibilité de la poursuite : 29 novembre 1855 (D. 56. 2. 290). Mais la Cour de Besançon, dans un arrêt du 14 juillet 1889 (S. 89. 2. 190), a admis cette dernière opinion. Quel que soit, du reste, le parti auquel on s'arrête sur cette difficulté, il est bien certain que le mari serait irrecevable, dans ce cas, à demander des dommages-intérêts contre sa femme. *Volenti non fit injuria.*

de chose jugée, qui continue néanmoins de subsister à d'autres point de vue[22].

1888. Les règles qui dominent l'exercice de l'action publique dans les rapports du conjoint offensé par l'adultère et du ministère public, sont souvent indécises comme la nature même du délit. Il est cependant deux solutions qui s'imposent. La

ticle 337, § 2, d'une amnistie, mais seulement d'une grâce qui, sans anéantir la condamnation prononcée contre la femme, fait à celle-ci remise de la peine encourue. En conséquence, ils décident que le pardon accordé par le mari à sa femme, après que le jugement de condamnation est devenu définitif à l'égard de celle-ci, ne profite pas au complice qui frappe d'appel ce jugement : Cass., 27 janvier 1829 (*Journal du droit criminel*, art. 93); 25 avril 1854 (S. 54. 1. 342); Agen, 2 juin 1854 (D. 55. 2. 85); Nîmes, 27 novembre 1879 (*Gaz. des Trib.* du 21 déc. 1879). Comp. sur la question : PARADAN (*Rev. crit.*, 1880, p. 337). Du reste, le droit du mari de faire grâce n'enlève pas au Président de la République le droit de gracier la femme condamnée pour adultère. Cfr. Paul AUGER, *Du droit de grâce du Président de la République dans le cas prévu par les art. 336 et 339 du Code pénal* (*Journ. du droit crim.*, art. 11, 164).

[22] L'action publique exercée pour délit d'adultère, qui est anéantie par le désistement du plaignant, est-elle éteinte par son décès? L'effet de la condamnation de la femme à l'emprisonnement, qui est arrêté par le pardon du mari, est-il paralysé par la mort? Tandis que, sur la première question, les opinions sont partagées, elles ne le sont pas sur la seconde; il est certain, en effet, que la femme condamnée ne peut pas obtenir la remise de sa peine au cas où son mari est décédé après la condamnation devenue irrévocable, par ce seul motif qu'elle a perdu de ce fait la chance d'être graciée par celui-ci. Cependant, on a soutenu, et la Cour de cassation a décidé, dans sa première jurisprudence, que la mort du conjoint, impuissante à arrêter l'exécution de la condamnation, mettait nécessairement fin aux poursuites commencées, et que, dans le délit d'adultère, l'action publique avait besoin, à toutes les époques de la procédure, du concours, soit exprès, soit présumé du plaignant, et que le décès de celui-ci, en faisant disparaître ce concours, élevait contre l'action publique une fin de non-recevoir insurmontable : Cass., 27 septembre 1839 (S. 40. 1. 85). Mais cette objection est peu fondée. En effet, dès qu'une plainte est portée, l'obstacle qui s'opposait à l'exercice de l'action publique est levé : le ministère public recouvre son indépendance; il peut exercer l'action, dans toutes les phases du procès, sans avoir besoin du concours du plaignant, sauf la faculté, pour celui-ci, de paralyser l'action par un désistement exprès ou tacite. *Sic*, Cass., 6 juin 1863 (S. 63. 1. 401); Aix, 14 juillet 1876 (S. 77. 2. 136); HAUS, t. II, nos 1168 et 1169; BLANCHE, t. V, n° 182.

première, c'est que l'action publique ne peut être engagée sans une plainte du conjoint offensé. La seconde, c'est que le désistement du plaignant arrête la poursuite à quelque période qu'elle soit parvenue. De ces deux solutions, la première est formellement exprimée par la loi, la seconde découle des textes comme un corollaire même de leurs dispositions (C. p., art. 336, 339; C. civ., art. 244). Mais la solution des autres problèmes auxquels donne lieu la poursuite dépend de la manière dont on envisage l'adultère. Considère-t-on l'adultère comme une sorte de « délit privé », de « délit entre époux »? Cette conception conduit aux conséquences suivantes : 1° la mort du plaignant arrête la poursuite; 2° la plainte ne peut émaner que de l'époux outragé : son représentant légal est sans qualité pour la déposer; 3° le divorce détruisant la qualité d'époux rend inutile la répression : désormais la plainte est irrecevable et la poursuite commencée est éteinte. Nous avons écarté ces solutions, parce qu'elles découlent d'un point de vue qui n'est pas celui de la loi. L'adultère est bien un *délit social*. Mais, dans l'intérêt même de la famille, la poursuite en est subordonnée à l'agrément de l'époux offensé. Cette observation faite, il importe d'examiner quel est le rôle respectif du ministère public et du conjoint en cas de poursuite.

Dès que la plainte est déposée, le ministère public exerce librement l'action publique et, sauf désistement du mari, il a le droit de frapper d'appel le jugement ou de se pourvoir contre l'arrêt qui ne donnerait pas satisfaction aux intérêts sociaux dont il a la garde. En un mot, le concours actif du conjoint offensé n'est exigé qu'avant l'instance : il se manifeste par une plainte. Mais au cours de l'instance, le ministère public n'a plus besoin que de la neutralité du plaignant. Le conjoint qui s'est porté partie civile a-t-il le droit de faire appel ou de se pourvoir en cassation dans l'intérêt de la répression? La jurisprudence paraît l'admettre en se basant sur un argument d'analogie tiré de l'article 308 du Code civil aujourd'hui abrogé. Il résultait, en effet, de cet article que l'appel formé par le mari dans l'instance en séparation de corps conservait au ministère public le droit de requérir et aux juges le droit d'appliquer à la femme

et délicate : celle de savoir si, pour cette poursuite, la plainte et l'autorisation du mari sont nécessaires. La jurisprudence paraît résoudre la question par une distinction. Pour la poursuite de la femme mariée, à raison de son adultère personnel, la plainte du mari est nécessaire. Mais il n'en est plus ainsi lorsque cette femme est poursuivie comme complice de l'homme marié qui l'a entretenue, parce qu'alors sa qualité de femme mariée est indifférente et qu'on ne lui demande compte que de sa complicité à l'adultère d'autrui[25]. Cette hypothèse est un cas de concours idéal de délits.

1891. A l'égard des époux, le délit d'adultère peut être établi, comme tout autre délit, à l'aide de tous les genres de preuves autorisés par le droit commun[26]. Mais, aux termes de l'article 338 § 2 du Code pénal, les seules preuves admissibles contre le complice de la femme sont celles du *flagrant délit,* ou celles résultant de *lettres* ou *autres pièces écrites par le prévenu.* En limitant, contrairement au droit commun, les modes de preuves en cette matière, la loi a eu seulement pour objet de faire rejeter les témoignages qui ne porteraient pas directement sur le fait même du délit et tendraient à en établir l'existence par voie de présomptions. Elle n'a pas voulu qu'on pût intenter des pour-

[25] L'arrêt de Cass., du 28 février 1868, déjà cité, qui déclare, contrairement à notre opinion, la concubine du mari punissable, décide que la plainte en adultère, formée par la femme contre son mari, saisit le tribunal correctionnel, aussi bien à l'égard de la concubine qu'à l'égard du mari, encore bien que cette concubine serait mariée et que le mari ne se plaindrait pas ou même protesterait contre la poursuite. V. également : Paris, 20 décembre 1873 (D. 75. 2. 72); Dijon, 30 mai 1877 (D. 79. 2. 216). Dans le même sens : Blanche, t. V, n° 214.

[26] Il a été jugé, notamment, qu'on peut faire résulter la preuve de l'adultère de la femme des lettres écrites par cette dernière à son complice et produites par le mari, bien que le mari se les soit procurées au moyen d'un procédé blâmable, mais non toutefois criminel, par exemple, en les achetant au complice : Cass., 9 juin 1883 S. 85. 1. 137, D. 84. 1. 89. Il semble même que le délit d'adultère soit un de ceux pour lesquels les présomptions de l'homme soient le plus souvent admises comme preuves suffisantes. Voy. notamment : Aix, 7 juin 1882 (*Gaz. Pal.*, 83. 2. 432); Paris, 30 janv. 1883 (*Gaz. Pal.*, 83. 1. 309).

b) La preuve écrite que la loi met sur la même ligne que celle du flagrant délit résulte de lettres missives ou autres pièces émanées du prévenu. Cette condition est substantielle mais elle est suffisante, et il faut en conclure que l'aveu fait par le prévenu de complicité et consigné dans un interrogatoire subi par lui devant le juge d'instruction ou devant un officier de police judiciaire, doit être assimilé à une pièce écrite et constituer la preuve exigée par l'article 338[31]. A plus forte raison en est-il ainsi de l'aveu du prévenu devant le tribunal, aveu consigné aux notes d'audience[32].

§ CXII. — DE LA BIGAMIE.

(C. p., art. 340).

1892. De la bigamie. — **1893.** Notions historiques sur la répression de ce crime. Double évolution qu'il a subie dans les idées modernes. — **1894.** La bigamie n'est pas une espèce d'adultère, mais un crime spécial. — **1895.** Il est puni plus sévérement que l'adultère. — **1896.** Éléments constitutifs du crime. — **1897.** Du premier mariage. Validité. — **1898.** Du second mariage. — **1899.** Il faut que l'agent ait agi de mauvaise foi. — **1900.** Caractère du crime de bigamie. Conséquences qui en résultent au point de vue de la prescription et du lieu du crime. — **1901.** La célébration du mariage n'est pas indispensable : la tentative suffit. La tentative suspendue et la tentative manquée par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur sont-elles également incriminées? Difficultés. — **1902.** De la complicité en matière de bigamie. Officier de l'état civil. — **1903.** Le conjoint libre qui s'unit sciemment à une personne déjà mariée est-il punissable? Difficultés. — **1904.** Le crime de bigamie peut être poursuivi d'office. — **1905.** Quelle est la juridiction compétente pour statuer, dans une accusation de bigamie, sur l'existence et la validité des deux mariages? — **1906.** Questions au jury.

1892. La conception monogamique du mariage et l'*individua*

du témoignage du mari, qui ne s'était pas porté partie civile, alors que ce témoignage avait été reçu à l'audience sans opposition des prévenus : Cass., 29 février 1879, précité. Mais cette solution nous laisse des doutes à raison de la situation prépondérante et directrice du mari dans la poursuite. Cfr. Blanche, t. V, n° 195, p. 256.

[31] *Sic*, Paris, 13 mars 1847 (D. 47. 2. 186) ; Cass., 13 décembre 1851 (D. 52. 5. 14) ; Amiens, 13 novembre 1858 (D. 59. 2. 136) ; Lyon, 24 mai 1868 (D. 71. 5. 16); Alger, 19 juin 1877, précité. Voy. Bonnier, *Traité des preuves*, n° 366.

[32] *Sic*, Rouen, 3 juillet 1896 (D. 97. 2. 48).

1893. La monogamie nous apparaît comme la charte constitutive de la société conjugale dans les civilisations grecque et romaine. En Grèce, on accorde à la femme le droit de demander le divorce, quand le mari a contracté une seconde union[2]. Les Romains frappèrent d'abord d'*infamie* les *binæ nuptiæ*[3], et Cicéron nous fait connaître les conséquences civiles de la bigamie[4]. Mais la *Lex Julia de adulteriis* punit comme coupable de *stupre* l'homme qui, *ficto cœlibatu*, procède à un nouveau mariage, et comme coupable d'*adultère* la femme qui, du vivant de son mari, contracte une nouvelle union[5]. Il semble même que Justinien ait exagéré la pénalité jusqu'à prononcer la peine de mort contre ce fait[6]. Les Germains, au dire de Tacite, « *singulis uxoribus contenti sunt, exceptis admodum paucis, qui non libidine, sed ob nobilitatem plurimis ambiuntur nuptiis*[7] ». Et la tendance naturelle de la race vers la monogamie, fortement encouragée par l'influence du christianisme, amena l'empereur Lothaire, dans un capitulaire de 835, à défendre la bigamie, « *quia cum domui non fit lucrum animæ fit detrimentum.* » L'Église chrétienne fulmina contre ce fait la peine religieuse de l'excommunication et prescrivit au bigame, à titre de réparation, le retour à la précédente union. La législation et la jurisprudence de l'ancienne France, conformes, du reste, à la législation et à la jurisprudence des autres pays, subirent l'influence religieuse et morale du temps, en réprimant très sévèrement la pluralité de mariages. « On trouve dans le droit romain, dit Muyart de Vouglans, des lois particulières qui ont déclaré les peines de ce crime purement arbitraires, et les font dépendre proprement des cir-

[2] Plutarque, *Aristide*, XXII.

[3] Gaius, *Comm.*, I, 63; Inst., I, 10, 6; L. 1, D. *de his qui not. infam.* L. 2, C., *de incest. nupt.* : « *neminem qui sub ditione sit nominis romani, binas uxores habere posse, vulgo patet, cum etiam edicto prætoris hujusmodi viri infamiam notati sint. Quam rem competens judex inultam esse non patiatur.* »

[4] Cicéron, *De oratore*, I, 40, 56.

[5] L. 11, D. *Ad. leg. Jul. de adult.*; L. 7, C. *de repud.*; Nov. CXVII, CXVIII.

[6] Cir. Nov. CXVII.

[7] *De mor. German.*

constances. Telle est aussi la règle qui paraît avoir été suivie par notre ancienne jurisprudence; car nous trouvons des arrêts qui se sont d'abord contentés de prononcer la seule peine d'infamie; d'autres qui ont porté la peine de mort; d'autres, enfin, qui, dans le cas où il y avait preuve de la bonne foi de la femme qui se serait remariée du vivant de son mari, qu'elle avait lieu de croire mort à cause de sa longue absence, bien loin de prononcer contre elle aucune peine, lui ont adjugé, ainsi qu'à ses enfants, tous les effets civils du mariage. La peine ordinaire de ce crime consiste à condamner les hommes aux galères, et les femmes au bannissement à temps ou à perpétuité; les uns et les autres préalablement attachés au carcan, un jour de marché, savoir, les hommes avec deux quenouilles, les femmes avec deux chapeaux, portant chacun des écriteaux devant et derrière, qui marquent le titre de leur condamnation[8] ». La Caroline (§ CXXI) prononçait même la peine de mort contre les époux[9].

Dans les législations modernes, une double évolution s'est produite, au point de vue du concept, comme au point de vue de la peine du crime de bigamie.

1894. Le caractère de l'incrimination s'est précisé. L'ancien droit germanique considérait le double mariage comme une espèce d'*adultère* et, par suite, exigeait, pour la constitution du crime, la consommation même des rapports sexuels. Cette conception, empruntée à la *Lex Julia*, est étrangère au droit moderne[10], qui s'attache exclusivement, pour caractériser le crime, à l'abus de la formalité, du *ritus nuptialis*, et qui ne voit même pas, soit dans la consommation de l'union charnelle, soit dans la durée de la vie commune, une circonstance aggravante du fait constitutif de l'incrimination. La bigamie se sépare ainsi de l'adultère; elle devient un *crime spécial*, dont la gravité ne se puise pas seulement dans la violation de la foi conjugale, mais dans l'usage abusif qui a été fait de l'institution du mariage,

[8] *Lois crim.*, p. 225. Cfr. Jousse, *op. cit.*, t. III, p. 52.

[9] Caroline, § CXXI.

[10] Même au droit allemand. Code pénal allemand, § 171.

dans le faux ou la fraude qu'elle suppose, dans les suites funestes qu'elle peut avoir. Et la conséquence immédiate de ce point de vue nouveau, c'est, d'une part, la répression de la bigamie, là même où l'adultère reste du domaine de la loi civile, et, d'autre part, la pénalité plus sévère de la bigamie, là où l'adultère est également incriminé. Ainsi, le Code pénal de 1791, qui ne s'occupait pas de l'adultère, punissait de douze ans de fers « toute personne engagée dans les liens du mariage, qui en contractera un second avant la dissolution du premier[11] ». Et le Code pénal de 1810, qui punit l'adultère, tantôt d'un emprisonnement, et tantôt d'une amende, prononce la peine des travaux forcés à temps contre la bigamie.

1895. Tout en graduant, d'après ces idées, la pénalité de ces deux infractions, les législations modernes se montrent moins rigoureuses que la législation française. C'est qu'en effet, si un simple emprisonnement correctionnel, appliqué au coupable de bigamie, ne nous semble pas proportionné à la gravité du crime, la peine des travaux forcés à temps, portée par le Code pénal, nous paraît l'excéder. La bigamie mérite certainement d'être frappée d'une peine criminelle, quelle qu'en soit la cause et quels qu'en soient les effets; mais la réclusion de cinq à dix ans serait suffisante, et les travaux forcés sont excessifs[12].

1896. De l'analyse de l'article 340 du Code pénal, dont le § 1er déclare coupable de bigamie « *quiconque étant engagé dans les liens du mariage en aura contracté un autre avant*

[11] Code pénal de 1791, tit. II, sect. II, art. 33.

[12] Le Code pénal belge reproduit, dans son article 391, le texte de l'article 340 du Code pénal français, mais en substituant la peine de la réclusion à celle des travaux forcés. Cfr. *Législation criminelle de la Belgique*, t. III, p. 29. Cette peine est même bien plus forte que celle qui est portée par le Code allemand. La bigamie est, en effet, passible, dans ce Code, de la réclusion pendant cinq ans au plus (§ 171). La plupart des Codes de la Suisse prononcent également une peine inférieure à celle du Code pénal français (V. Carl Stoos, *Die Schweizerischen Strafgesetzbücher*, Bâle et Genève, 1890, p. 442 à 484). Le Code pénal italien punit de un à trois ans de détention « quiconque, engagé dans les liens d'un mariage valide, en contracte un autre, et quiconque, étant libre, contracte mariage avec une personne régulièrement mariée. »

[illegible] le premier mariage est dis-
[illegible] nul, la bigamie n'existe pas.
[illegible] qui a produit cet effet au moment
[illegible] union, importe peu, car l'in-
[illegible] être suffisante, indépendamment
[illegible] une criminalité sociale. C'est un

[illegible] existence du premier mariage, est
[illegible] mie, même au cas où le second ma-
[illegible] avant que la nullité du premier eut
[illegible] essentiel du crime consiste, en effet,

[illegible] pénal, en parlant des liens du premier mariage,
[illegible] est vrai, que ce mariage doit être valide,
[illegible] néanmoins, certaine, un mariage inexistant ou nul
[illegible] lien. Cfr. BLANCHE, t. V. n° 217. Quelques Codes
[illegible] essement, dans la définition qu'ils donnent du crime
[illegible] en essentielle. Cfr. Code pénal italien (art. 359).
[illegible] ne paraissait pas admettre que l'accusé [illegible]
[illegible] valoir des nullités relatives; mais le système adopté
[illegible] note du 5 novembre 1813 sur les questions préjudi-
[illegible] une notion inexacte des nullités absolues et relatives
[illegible] puisque les unes et les autres, dans le cas où elles
[illegible] par l'accusé, ont pour résultat de faire considérer le
[illegible] *ab initio*. Aussi la doctrine tout entière avait commentée
[illegible] Elle semble abandonnée, aujourd'hui, par la Cour de cass-
[illegible] un arrêt rendu à propos d'une poursuite pour adultère, que
[illegible] (Cass., 13 avril 1867, D. 67. 1. 354), mais dans les
[illegible] galement à la bigamie, elle a décidé, en effet, qu'un
[illegible] ltère peut exciper de la nullité de son mariage, pour
[illegible] quel ce mariage sert de base, sans qu'il y ait à distin-

non pas tant dans la connaissance ou la conscience que peut avoir le bigame de ses engagements antérieurs, que dans la validité même de ces engagements, c'est-à-dire dans la régularité du lien qui l'unissait à son premier époux [15].

1898. Le second mariage, dont la célébration constitue le crime, est, en lui-même, nécessairement nul; mais il faut néanmoins, indépendamment de la bigamie, qu'il ait une existence régulière. Si donc il était annulable pour une autre cause que l'union préexistante, le crime ne serait pas constitué, puisque le corps du délit suppose la coexistence de deux mariages, dont l'un doit être parfaitement régulier, et dont l'autre doit être valable en lui-même [16].

1899. Dans l'accusation de bigamie, le Code de 1791 admettait expressément l'exception de bonne foi de celui qui contractait un second mariage avant la dissolution du premier. Si les auteurs du Code de 1810, disait Monseignat au Corps législatif, « n'ont pas cru devoir reproduire textuellement cette exception, c'est moins pour la défendre, que parce qu'il est inutile de l'énoncer; elle est de droit commun; elle est consignée dans ce principe antérieur à tous les Codes, que là ou il n'y a point de volonté, il ne peut y avoir de crime ». Cette raison est parfaite-

guer si la nullité invoquée par elle est absolue ou si elle est simplement relative.

[15] Sur cette question, on peut reconnaître trois groupes de législations : *a*) Dans le premier de ces groupes, se placent les législations qui, par une disposition expresse, font de la validité du premier mariage une condition *sine quâ non* de la déclaration de culpabilité. C. p. italien, art. 359; C. p. hongrois, § 251. Voy. également les Codes de Fribourg (art. 203), et de Zurich (§ 120). *b*). Dans un second groupe figurent les législations qui ne s'expliquent pas sur cette condition. Il en est ainsi du Code pénal français et du Code pénal belge. Mais, dans ces deux pays, la jurisprudence se prononce dans le sens de cette exigence. *c*). D'autres législations, le C. p. allemand, § 171, le projet de C. p. autrichien, § 184, déclarent au contraire, qu'il y a bigamie, si le nouveau mariage est contracté avant que le précédent ait été dissous, annulé ou déclaré non valable. Ce dernier système fait prévaloir l'élément subjectif sur l'élément objectif. On peut être bigame sans avoir été légalement marié.

[16] V. plus loin, n° 1902, la réfutation des objections qui ont été présentées à ce sujet.

Aujourd'hui, la question ne se pose plus. Qu'au point effets civils, le divorce, ainsi obtenu en pays étran- opposable au conjoint resté Français, cela im- certainement, au point de vue pénal, une accu- gamie ne saurait être dirigée contre le Français qui, fait naturaliser en pays étranger et y avoir divorcé, contracté un second mariage en France, puisqu'il aurait bien pu obtenir le divorce de la justice française et se ainsi libre de tous liens.

C'est au moment où le délit est commis que la question de bonne ou de mauvaise foi doit s'apprécier. Le bigame de bonne au moment du second mariage, qui continue, après avoir découvert que son premier mariage n'était pas dissous, à cohabiter avec son second conjoint, ne saurait tomber sous le coup de la loi. La mauvaise foi est, en effet, survenue après que le délit a été consommé.

1900. Le crime de bigamie se constituant par le seul fait, de la part de l'accusé, de contracter un second mariage avant la dissolution du premier, c'est la célébration même du second mariage qui le consomme et l'achève[19]. Le crime a donc un caractère *instantané* et non *successif :* en conséquence, la prescription est acquise au bout de dix années écoulées sans poursuites à compter du jour où a été contracté le second mariage[20].

[19] La durée de la cohabitation irrégulière entre les époux n'est même pas une circonstance aggravante du crime.

[20] Après avoir cité la jurisprudence de la Cour de cassation, qui est conforme à cette solution, Blanche (t. V, n° 227), ajoute : « La thèse de ces arrêts se justifie assurément par le texte de l'article 340; car, suivant cette disposition, la peine est encourue par celui qui, étant engagé dans les liens du mariage, en contracte un autre, avant la dissolution du premier. C'est donc le fait même du second mariage qui constitue le crime. Cependant, si la question n'était pas aussi formellement résolue par la Cour de cassation, on serait autorisé à concevoir quelque doute sur la solution qu'elle doit recevoir. On comprend difficilement que dix ans après la consommation de la deuxième union, le bigame puisse vivre impunément entre ses deux femmes et donner un pareil scandale à la société. » Si la situation que suppose cet auteur était nécessairement la conséquence du caractère constitutif de l'incrimination prévue par l'article 340, nous pourrions le regretter, mais il importe de remarquer, d'une part, que l'action en nullité du mariage, fondée

Le lieu du crime est celui où a été célébré le second mariage, sans qu'il y ait à examiner dans quel lieu a été célébré le premier [21], et à se préoccuper de la durée et de la persistance, dans diverses localités ou divers pays, de la cohabitation qui a suivi la bigamie.

1901. Si la *consommation* du crime de bigamie ne peut résulter que de la célébration de la nouvelle union, son *existence* n'est pas subordonnée à cette célébration. La tentative légale du crime est, en effet, punie comme le crime même (C. p., art. 2). Il suffit donc, pour l'application de l'article 340, que la célébration du mariage ait été l'objet d'un commencement d'exécution qui n'a été suspendu ou n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur (C. p., art. 2). Mais la loi ayant mis, en général, sur la même ligne et assimilé l'une à l'autre deux situations : celle où la tentative est *suspendue* et celle où le crime a *manqué son effet*, on se demande si ces deux espèces de tentatives punissables peuvent se rencontrer dans la bigamie? La question mérite un sérieux examen.

a) La tentative *suspendue* par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur est punie comme le crime même. La disposition de l'article 2 du Code pénal n'est ici susceptible d'aucune exception. La seule difficulté est de déterminer le point précis où les *préliminaires* du second mariage ces-

sur la bigamie, est imprescriptible, et, d'autre part, qu'elle peut être intentée même par le ministère public. Il suffit que l'action civile soit ouverte, même après dix ans, pour éviter toute cohabitation scandaleuse. On pourrait, néanmoins, comme l'ont fait quelques législations étrangères, introduire, dans la loi même, une règle particulière de prescription. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 360 du Code pénal italien, la prescription pénale ne peut courir que du jour où le second mariage a été déclaré nul pour bigamie.

[21] Du reste, les modifications apportées à l'article 5 du Code d'instruction criminelle, par la loi du 27 juin 1866, ont enlevé tout intérêt à la difficulté qui s'était élevée sur la question de savoir si le Français qui, durant un premier mariage, en contracte un second en pays étranger avec une étrangère, peut être poursuivi en France pour crime de bigamie. L'affirmative est, aujourd'hui, certaine. Quant à l'étranger qui, durant un premier mariage, s'est remarié hors de France, même avec une Française, il ne peut être poursuivi en France pour bigamie.

sent d'être innocents et où commence l'*acte d'exécution*. Le contrat pécuniaire qui doit précéder le mariage[21], les publications requises par un individu déjà marié, la comparution même des parties devant l'officier de l'état civil, ont certainement tous les caractères d'actes simplement préparatoires, échappant à toute répression, s'ils ne constituent pas, par eux-mêmes, le crime de faux ou le délit d'escroquerie. Mais la tentative est-elle punissable, dès le moment où, la célébration étant commencée devant l'officier de l'état civil procédant à la lecture des pièces indiquées au titre des actes de l'état civil (C. civ., art. 75), ces formalités viennent à être interrompues fortuitement ou par une circonstance indépendante de la volonté de l'agent, telle que la révélation par l'époux trahi ou par un tiers d'un précédent mariage? La réunion des deux circonstances qui rendent la tentative punissable se rencontre bien dans ce cas, et nous n'hésitons pas à assimiler cette situation à celle dans laquelle se trouverait l'accusé s'il avait consommé le crime[22]. Cette solution a été cependant contestée. On a prétendu, en effet, qu'en dehors de l'accomplissement du second mariage, il fallait écarter toute possibilité de tentative légale, l'époux ayant toujours la faculté, jusqu'aux paroles sacramentelles prononcées par l'officier de l'état civil, d'arrêter l'acte même et de rester aussi libre que s'il en était encore aux formalités préliminaires des publications et de la réquisition des bans, ou même de la comparution des parties avec leurs témoins à l'hôtel de ville, au jour fixé[23].

[21] *Sic*, Cass., 7 frimaire an X (S. t. I, p. 559).

[22] Cfr. Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1675 ; Blanche, t. V, n° 219.

[23] M. Benech a présenté cette objection de la manière suivante : « Le commencement d'exécution, dont parle l'article 2 du Code pénal, présuppose un fait complexe, pouvant se décomposer en plusieurs parties, une exécution dont la gradation peut être marquée, dont le complement participe de la nature de ses premiers éléments; mais le mariage résiste à toutes ces idées. Il consiste tout entier dans un fait simple, indivisible; on est tout au delà, ou tout en deçà; on ne commence pas à être marié pour partie, en restant à marier pour une autre partie. Il y a ou liberté absolue ou engagement parfait et définitif ». Cette argumentation pourrait être reproduite avec autant de force et d'apparence de vérité, pour tout délit. Le meurtre consiste dans un resultat indivisible, l'homicide : la victime d'un coup porté est

Mais s'il est exact de constater, en effet, que, jusqu'à l'achèvement de la célébration du mariage, l'époux peut reculer devant le crime et bénéficier ainsi de la disposition qui amnistie la tentative volontairement interrompue, il n'est pas exact de prétendre que, jusqu'à ce moment-là, le crime ne soit susceptible d'aucun commencement d'exécution. Il se produit ici une confusion souvent faite, et contre laquelle nous avons déjà mis en garde, entre le commencement d'exécution du fait précis qui constitue le crime et le commencement d'exécution du crime. La loi, pour qu'il y ait tentative, n'exige pas que l'acte même d'où résulte le crime soit commencé; elle exige, — ce qui est bien différent — qu'il y ait commencement d'exécution du crime.

b) Mais la célébration même du mariage, entaché de quelque nullité autre que celle qui résulte de l'existence du premier mariage, peut-elle être incriminée sous la qualification de tentative ayant *manqué* son effet par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur? C'est se demander si la nullité du second mariage couvre le crime, ou bien, au contraire, s'il suffit que l'accusé ait cru contracter un mariage valable et que ce mariage ait les formes extérieures légales pour que les éléments de la bigamie soient réunis. Ainsi, un individu, déjà marié, parvient à contracter une nouvelle union avec une parente au degré prohibé : y a-t-il, dans ce mariage régulièrement contracté devant l'officier de l'état civil, bien qu'il soit entaché d'un vice propre, une tentative qui n'a manqué son effet que par une circonstance indépendante de la volonté de son auteur, c'est-à-dire une tentative punissable comme le crime lui-même? Les criminalistes, qui ont soutenu cette opinion[25], n'ont pas réfléchi, sans doute, que l'intention d'enfreindre la loi pénale ne peut imprimer le caractère d'un crime à un fait qui, par lui-même, et indépendamment de cette intention, n'est pas contraire à la loi. Ce qui constitue le crime de bigamie, c'est un second mariage, contracté avant la dissolution du premier : si ce second mariage,

morte ou n'est pas morte, et il serait aussi vrai de dire que s'il y a meurtre dans le premier cas, il n'y a pas meurtre dans le second.

[25] Cfr. BLANCHE, t. V, nº 119.

générateur du crime, est nul pour toute autre cause que l'union préexistante, comment soutenir qu'il ait existé? La tentative d'un crime légalement impossible échappe à la répression. Sans doute, la loi punit, dans la tentative, une volonté criminelle qui est restée inefficace, mais à la condition que cette volonté ait agi dans la sphère des intérêts que la loi veut protéger. Un époux qui contracte un mariage nul a une intention criminelle *juridiquement* irréalisable.

1902. Le second alinéa de l'article 340 punit de la même peine que les époux eux-mêmes l'officier de l'état civil qui a prêté son ministère au second mariage, connaissant l'existence du précédent[26]. Cette disposition était-elle nécessaire? On a prétendu que la loi, voulant punir l'officier de l'état civil comme complice, par cela seul qu'il a célébré le second mariage, ayant connaissance du mariage déjà existant, il fallait une disposition expresse pour le faire[27]. D'autant plus, a-t-on ajouté, que le Code civil et le Code pénal ayant spécialement prévu certaines fautes des officiers de l'état civil, on aurait pu inférer du silence de la loi sur ce point, que la célébration irrégulière du second mariage, n'étant pas punie par une disposition semblable, ne pouvait pas être poursuivie. D'un autre côté, le législateur aurait voulu, en édictant une disposition spéciale et en faisant entrer, dans la définition de la complicité qu'elle prévoit, la connaissance du fait de la bigamie, prévenir la condamnation de l'officier de l'état civil qui n'aurait été coupable que d'insouciance ou de négligence. Ce raisonnement ne nous paraît pas fondé. Il est d'abord incontestable que les règles de la complicité établies par l'article 60 du Code pénal, s'appliquent au fait de l'officier public qui, sciemment, prête son ministère pour la célébration du mariage criminel. N'a-t-il pas, en effet, par son intervention volontaire, fourni à l'accusé le moyen ayant servi à l'action, sachant qu'il devait y servir? L'objection tirée de ce que le Code

[26] Code pénal (art. 340 § 2) : « L'officier public qui aura prêté son ministère à ce mariage, connaissant l'existence du précédent, sera condamné à la même peine. »

[27] C'est le raisonnement de la plupart des criminalistes. V. particulièrement : Rauter, *op. cit.*, t. II, n° 477.

civil et le Code pénal, qui répriment certaines négligences des officiers de l'état civil dans l'exercice de leurs fonctions, ne prévoient pas le cas où ces officiers auraient prêté leur ministère à l'union d'un bigame, n'a pas besoin d'être réfutée. Si la loi ne punit pas la simple faute, qui pourrait jamais croire, en vertu d'un de ces arguments *a contrario* si dangereux, que l'intention criminelle reste, par cela même, impunie? Enfin, quel juré, en l'absence d'une disposition spéciale de la loi, aurait pu confondre l'officier public, insouciant ou négligent, avec l'officier public qui prête sciemment son ministère à la célébration d'un mariage criminel?

1903. Non seulement cette disposition est inutile, mais elle a le grave inconvénient de donner naissance à une difficulté sérieuse. Il semble, en effet, qu'on doive en conclure que, par dérogation aux principes généraux, la loi n'ait voulu punir d'autre participation au crime de bigamie que celle de l'officier de l'état civil lui-même. Cette conséquence, fondée sur le brocard : *inclusio unius est exclusio alterius*, aurait pour résultat d'écarter l'application des règles de la participation criminelle au crime de bigamie. Mais elle est certainement inexacte, car il n'existe aucun motif sérieux de déroger, en cette matière, au droit commun. Les éléments soit de la complicité, soit de la coopération criminelle, peuvent, en effet, se rencontrer, de la part de tiers autres que l'époux bigame : et en l'absence de toute disposition spéciale, le droit commun reprend son empire. On s'est demandé, notamment, si la personne avec laquelle a été contracté, par l'époux encore marié, le nouveau mariage, constitutif du crime de bigamie, pouvait être considérée comme *complice* ou *coauteur* de ce crime[24]. Or, la loi ayant expressément déclaré punissable, sous la qualification de *complice*, l'individu avec lequel la femme s'est rendue coupable du délit d'adultère (C. p., art. 338), et n'ayant rien dit à l'égard de la personne qui a concouru matériellement et directement au crime de bigamie, en épousant une autre personne encore engagée

[24] La qualification de la participation importe peu, puisque, dans notre droit, le complice est puni de la même peine que l'auteur (C. p., art. 59).

dans les liens du mariage, on en a conclu que cette personne ne devait être atteinte ni en qualité de *complice*, puisque sa participation directe et matérielle ne rentre pas dans les termes de l'article 60 du Code pénal, ni en qualité de *coauteur*, le crime de bigamie, qui implique la violation du lien conjugal, ne pouvant être commis que par l'un des époux.

Mais cette comparaison entre le complice de la femme adultère et le conjoint de l'époux bigame n'est exacte que sur un point. Il est vrai que l'un et l'autre sont, non pas des *complices*, mais des *coauteurs* du crime ou du délit, puisque leur participation au fait incriminé est *nécessaire* et que, sans leur acte propre, le crime ou le délit ne pourrait se constituer. Si la loi a pris soin d'inculper expressément le complice de la femme adultère, c'est, à notre avis, qu'elle a voulu, pour des motifs déjà indiqués, restreindre la poursuite à ce complice, en excluant la concubine du mari du cercle de la répression. Son silence, en ce qui concerne le conjoint de l'époux qui se remarie, ne doit pas s'interpréter comme une modification, mais bien plutôt comme une application des règles générales, qui reprennent leur empire dès qu'il n'y est pas expressément dérogé. En vain, dira-t-on, que le conjoint qui, sciemment, s'est uni à une personne déjà mariée n'a pas personnellement violé la foi conjugale : car il a coopéré, tout au moins, à l'acte qui consomme le crime, la célébration du second mariage[29]. L'hypothèse d'un individu non marié qui s'unit à une personne qu'il sait être dans les liens d'une première union, sera évidemment très rare. Plus fréquente sera celle d'un individu non marié qui continue, après avoir découvert la bigamie dont il s'est fait inconsciemment le complice, à habiter avec le bigame. Mais, dans ce dernier cas, aucune poursuite ne peut avoir lieu, puisque la mauvaise foi n'est pas concomitante au fait délictueux. La première situation seule rentrerait dans les conditions de la complicité punissable.

[29] Le Code pénal allemand déclare coupable de bigamie (§ 171), aussi bien celui qui, étant marié, contracte un second mariage, avant la dissolution du premier, que celui qui, n'étant pas marié, contracte mariage avec une personne qu'il savait déjà mariée. On trouve une disposition analogue dans le Code pénal italien (art. 359) et dans le Code pénal hongrois.

civil [illegible] poursuivi d'office. Cer- [illegible] en matière d'adultère [illegible] ent voulu interdire à tout [illegible] droit de prendre l'initiative [illegible] invoquée, à ce point de vue, [illegible] est qu'apparente. En effet, dès [illegible] nonner, la société n'a plus d'in- [illegible] elle manquerait même son but, [illegible] indissolubilité des liens du mariage, [illegible] poursuites d'office, et en livrant au grand [illegible] ts que le conjoint lésé désire cacher au [illegible] e crime de bigamie se complique pres- [illegible] adultère et d'un faux, il ne faut pas oublier [illegible] perpétration, le concours de la société, re- [illegible] ter de l'état civil. C'est donc vraiment un [illegible] Aussi l'action directe du ministère public se [illegible] Il s'agit, du reste, de deux mariages dont [illegible] et on ne comprendrait pas pourquoi l'ac- [illegible] public, qui peut s'exercer sans obstacle devant [illegible] pour demander la nullité du second mariage, [illegible] devant la juridiction répressive, à une [illegible] parties lésées.

[illegible] application des principes de la compétence à la ques- [illegible] dans une accusation de bigamie, a donné [illegible] difficultés spéciales.

[illegible] de l'article 340 du Code pénal, la bigamie sup- [illegible] existence de deux mariages. Il est donc nécessaire, [illegible] pour que le crime soit consommé, que le premier [illegible] mariage aient été célébrés publiquement et devant [illegible] de l'état civil compétent. Le mariage, en effet, est un

[illegible] Moyssard, *De l'humanité dans les lois criminelles*, [illegible]

[illegible] corps législatif disait avec raison : « L'injure d'un second [illegible] la dissolution du premier n'est pas seulement con- [illegible] domestique; c'est un *crime social*, une atteinte à [illegible] familles, où de pareilles unions, d'après les lois qui [illegible] le trouble, le désordre et la confusion. »

acte solennel ; il n'a d'*existence légale*, que s'il est contracté dans les formes prescrites. Mais cette condition substantielle pour la constitution du crime de bigamie est-elle suffisante? Nous ne le pensons pas. La loi, en exigeant la coexistence de deux mariages, a naturellement entendu parler de deux *mariages valables*. Si donc, l'accusé de bigamie peut repousser l'accusation, en niant la célébration régulière de l'un ou de l'autre mariage, il peut aussi invoquer, pour sa défense, la nullité du premier, et même la nullité du second mariage, en tant, du moins, que celle-ci se fonde sur un vice autre que le fait du mariage contracté antérieurement. Mais, à ce point de vue, une distinction s'impose entre deux catégories de nullité. L'accusé est, sans doute, recevable à se prévaloir des nullités *relatives* qui lui sont personnelles et qui ne se trouvent pas couvertes, au même titre que des nullités *absolues*[32]; mais il ne pourrait opposer à la poursuite des *nullités qui seraient propres à son conjoint ou à des tiers*, car toute nullité relative n'existe qu'au profit de ceux dans l'intérêt desquels elle est établie. Le premier mariage était-il entaché d'un vice de cette nature? L'accusé qui se trouvait lié envers son conjoint, ne pouvait, sans commettre un crime, contracter un nouveau mariage avant la dissolution du premier, de même que, s'il avait contracté un second mariage valable en ce qui le concerne, mais vicié pour son conjoint ou des tiers, il aurait bien commis le crime qui consiste à procéder à une nouvelle union avant la dissolution de la première.

Lorsque l'accusé prétend que l'un ou l'autre mariage n'a pas d'existence légale, la juridiction répressive est certainement compétente pour statuer sur cette question. D'une part, en effet, il s'agit d'examiner les éléments matériels d'un crime qui se forme de la coexistence de deux mariages successifs. D'autre part, la disposition même de l'article 198 du Code civil confère à la juridiction répressive le pouvoir de constater la célébration légale d'un mariage. Mais, si, tout en reconnaissant, en fait,

[32] La distinction faite entre les nullités absolues et relatives n'a aucune raison d'être puisque ces deux catégories de nullités ont le même effet et ne diffèrent qu'au point de vue des personnes qui peuvent les invoquer. Cfr. CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, n° 1682, p. 424.

Lorsque les deux mariages ont été régulièrement contractés devant l'officier de l'état civil compétent, l'accusé conteste la validité de l'un ou de l'autre, ce moyen de défense soulève-t-il une question préjudicielle de la compétence des tribunaux civils?

Trois opinions ont été soutenues sur cette difficulté. La première distingue suivant que c'est la nullité du premier mariage ou l'irrégularité du second qui est invoquée par l'accusé. Tandis qu'elle considère la nullité du premier mariage comme une question préjudicielle, dont l'examen doit être renvoyé aux tribunaux civils, elle admet que la juridiction répressive ait compétence pour statuer sur l'irrégularité de la seconde union[33]. Dans une autre opinion, la question de validité du mariage serait, dans tous les cas, préjudicielle au jugement de l'action publique : en conséquence, la juridiction répressive devrait surseoir à statuer sur l'accusation de bigamie, jusqu'à ce que le tribunal civil ait décidé cette question[34]. Enfin, la troisième opinion admet la compétence de la juridiction répressive pour apprécier le moyen de défense qui consiste à soutenir la nullité de l'un ou de l'autre mariage[35].

De ces trois opinions, la dernière seule nous paraît fondée. Il est de règle, en effet, qu'à moins d'une disposition contraire, le juge de l'action est juge de l'exception, qu'il a le droit et le devoir d'examiner tous les éléments nécessaires pour résoudre la question qui lui est légalement soumise et qui rentre dans sa compétence normale. Or, il appartient incontestablement à la juridiction répressive d'examiner si le second mariage, con-

[33] Dans ce sens : MANGIN, *Traité de l'action publique*, t. I, nos 193 et 194; CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, nos 1679 et 1680 ; LE SELLYER, *Traité de la compétence*, t. II, nos 678 et 679; FAUSTIN HÉLIE, *Prat. crim.*, nos 626 et 627.

[34] C'est à cette opinion que paraît, en dernière analyse, s'être ralliée la jurisprudence. Cf. Cass., 16 janvier 1826 (*B. cr.*, n° 10); Rennes, 23 janvier 1840 (S. 41. 2. 129) et surtout, par identité de motifs, Cass., 13 avril 1867 (D. 67. 1. 254), rendu en matière d'adultère. Dans le sens de cette jurisprudence, quoique avec quelque regret : BLANCHE, t. V, nos 220 et 221.

[35] Dans ce sens : HAUS, *op. cit.*, t. II, nos 1211 à 1214; BERTAULD, *Questions préjudicielles*, n° 86, BONNIER, *Traité des preuves*, 4e éd., nos 233 et 234, DEMOLOMBE, *De la paternité*, n° 276; LADORDE, *Cours de droit criminel* (2e éd., 1899), n° 540, p. 475.

sidéré indépendamment du premier, est valable, parce que c'est ce mariage qui constitue le fait délictueux ou la matérialité de l'infraction; mais la validité du premier mariage est, à un autre titre, une condition essentielle du crime de bigamie, puisque la loi, en exigeant que l'accusé soit engagé dans les liens d'un premier mariage, a, sans aucun doute, entendu parler d'un mariage valable. Donc la juridiction répressive, qui a le devoir de vérifier tous les éléments du crime qui lui est soumis, aura le droit d'examiner si le premier mariage est valable, puisque, dans le cas dont il s'agit, aucune disposition légale ne la dépouille de ce pouvoir pour en investir les tribunaux civils. On a prétendu, il est vrai, que l'article 326 du Code civil, en décidant que « les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état, » avait distrait de la compétence des juridictions criminelles les questions de validité de mariage, auxquelles se rattache, par un lien nécessaire, la filiation des enfants. Mais il suffit de remarquer que ce texte, aussi exceptionnel que l'article 327 du Code civil qui le suit, ne doit pas être étendu, à raison de sa nature même, à toutes les questions d'état. Qu'on n'oppose pas non plus à cette solution, les articles 188 et 189 du Code civil, complètement étrangers à la difficulté que nous examinons. Ces dispositions n'ont pas pour objet d'obliger la juridiction criminelle à renvoyer devant la juridiction civile l'examen du moyen de défense tiré de la nullité du premier mariage : elles règlent seulement la marche de la procédure à suivre devant les *tribunaux civils*, lorsque le premier époux intente, conformément au droit que lui donne l'article 188 du Code civil, une action en nullité fondée sur la bigamie. L'article 189 visant une demande en nullité du second mariage, formée par le conjoint de l'époux bigame, et à laquelle on oppose la nullité de la première union, décide « que la validité ou la nullite de ce (premier) mariage doit être jugée *préalablement* ». On prétend en conclure : 1° que la question du premier mariage est *préjudicielle* au jugement de la demande en nullité du second devant le tribunal civil; 2° qu'il doit en être de même devant la cour d'assises. Il suffit de faire remarquer la double équivoque de ce raisonnement. Qui dit question *préalable* ne dit

[illegible] ars dans le procès, opposent la [illegible] au préalable, vérifier le titre qui [illegible] ire de démontrer que son mariage [illegible] voit pas pourquoi le ministère public [illegible] la matérialité du délit serait renvoyé à se [illegible] faire vérifier le bien-fondé de sa poursuite.

[illegible] stions relatives au crime de bigamie peuvent [illegible] dans les termes suivants :

[illegible] coupable d'avoir (ici, la date), étant engagé dans [illegible] mariage, contracté un autre mariage avant la disso- [illegible] ?

[illegible] coupable d'avoir (ici, la date), étant officier public, [illegible] ministère au susdit mariage, connaissant l'existence [illegible] ?

[illegible] Même dans l'opinion que la jurisprudence paraît admettre et qui fait de [illegible] du premier comme de la nullité du second mariage une question [illegible] de la compétence exclusive des tribunaux civils, les juges cri- [illegible] restent compétents pour apprécier et juger les fins de non-recevoir [illegible] peuvent s'élever contre les nullités que l'accusé oppose aux deux maria- [illegible] dont la coexistence forme le crime. « Lorsqu'ils trouveront ces fins de non-recevoir bien fondées, dit Blanche, t. V, n° 224, ils pourront, sans renvoyer au juge civil, passer outre à l'instruction et au jugement de l'action de bigamie. »

SECTION CINQUIÈME

Arrestations illégales et séquestrations de personnes.

---

§ CXIII. — ARRESTATIONS ET SÉQUESTRATIONS ARBITRAIRES.

(C. p., art. 341 à 344).

1907. Le Code pénal a incriminé séparément les attentats à la liberté qui sont le fait des fonctionnaires abusant de leur pouvoir et le crime des particuliers qui arrêtent ou séquestrent une personne. — **1908.** Éléments du crime de chartre privée. Arrestation. Séquestration. Détention. Arbitraire de la mesure. Intention criminelle. Applications. — **1909.** Peine ordinaire du crime. — **1910.** Circonstances aggravantes. — **1911.** Durée de la détention arbitraire. — **1912** Moyens employés pour l'exécuter. — **1913.** Brièveté de la détention. — Excuse légale. — **1914.** Conditions de cette excuse légale. — **1915.** Ses effets. — **1916.** De la complicité en matière de séquestration arbitraire. — **1917.** Questions à poser au jury.

1907. La liberté individuelle est garantie, comme nous l'avons déjà dit, par deux ordres de dispositions qu'il importe de ne pas confondre. Sous le nom d' « *attentats à la liberté individuelle* », les articles 114 et suivants du Code pénal répriment, en effet, toutes les arrestations ou détentions opérées par des agents de l'autorité, compétents pour y procéder, mais en dehors des cas où ces arrestations sont autorisées ou ordonnées par la loi, ou bien sans l'accomplissement des formalités qu'elle a prescrites. Sous la qualification d' « *arrestations illégales et de séquestration de personnes* », les articles 341 et suivants répriment, au contraire, les arrestations opérées, sans ordre des autorités compétentes, par des personnes dépourvues de tout mandat légal. Cette distinction de deux ordres de faits, présentant, entre eux, la plus grande analogie, est bien conforme à l'esprit général du Code pénal, qui, dans toutes ses dispositions, sépare les délits commis par les fonctionnaires de ceux imputés aux sim-

pas question *préjudicielle*. [illegible] reconnue par la d
de mariage, soulevée incid[illegible] s'en trouve, du reste, d
est *préalable* à la questi[illegible]
décide pas que cette que[illegible] », prévu par les artic
pénal. L'époux qui opp[illegible] le fait d'avoir, sans droit
l'inexistence ou de la [illegible] préalable, arrestation prop
le devoir de faire vid[illegible] l'enfant de toute communi
la demande qui lui est [illegible] sont au nombre de troi
si les nouveaux épo[illegible] détention ou de séquestratio
nullité du mariage [illegible] 3° Il faut enfin qu'il ait
lui permet d'ag[illegible]
est valable[illegible]. M[illegible] au corps d'une person
qui offre de d[illegible] et de venir, en un mot, de
pourvoir au [illegible] ordinairement la *rétent*

1906. L[illegible] désigne, plus particulièrement,
être posées [illegible] s'opère dans une prison, et
N... [illegible] elle a lieu dans une maison p
les liens d[illegible] l'arrestation, la détention et la séqu
lution du [illegible] crime prévu par l'article 341. Il
X... [illegible]
prêté [illegible]
du p[illegible]

[illegible] Séquestration, n° 2; RAUTER, *op. cit.*, [illegible]
[illegible], t. V, n° 237. Mais confirmant jurisp
[illegible] 1862 (D. 93, 1, 297).

[illegible] détention illégale a été commise par un f
[illegible] élections, elle constitue, non plus un *abus*
[illegible] 114 et suivants, mais un *crime ordina*
[illegible] (R. cr., n° 321); Bourges, 30 déc. 1870 (S.
[illegible] Comp. CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, n° 1694.
[illegible] (tit. II, art. 10; tit. X, art. 16), réprimait se
[illegible] des officiers de justice, d'où l'on concluait q
[illegible] par les particuliers était laissée à l'arbitrair
[illegible], *op. cit.*, p. 115; JOUSSE, *op. cit.*, t.
[illegible] confondait, au contraire, dans la mêm
[illegible] des fonctionnaires et le crime des particuli
[illegible]
[illegible] 27, n° 41, le définit ainsi : *generaliter quocu*
[illegible] *rum inclusus, rum vinculis vel sine vinculis re*
[illegible] *tempus dicitur sub carcere privato i*
[illegible], t. IV, n° 1690.
[illegible] 232.

indifférent qu'ils se présentent *isolés* ou *réunis* [6]. Le premier fait a le caractère d'un crime *instantané;* les deux autres, d'un crime *continu*, dont la prescription ne commence à courir que du jour où a cessé la détention ou la séquestration illégale [7].

b. En n'incriminant ce fait que quand il a été commis « sans ordre des autorités constituées, et hors le cas où la loi ordonne de saisir les prévenus, » l'article 341 reconnaît que l'existence du crime est évidemment subordonnée à l'*illégalité du fait d'arrestation, de détention ou de séquestration*. D'où il suit que la loi ayant délégué, même aux simples particuliers, le droit de conduire, devant le magistrat, tout individu supris en flagrant délit ou poursuivi par la clameur publique (C. instr. cr., art. 106), une arrestation accomplie dans ces conditions ne saurait tomber sous le coup de l'article 341 [8].

c L'intention criminelle, élément essentiel du crime d'arrestation ou de détention arbitraire ou illégale, résulte de ce que le fait incriminé a été accompli avec connaissance et volonté. Ces conditions font défaut dans un certain nombre de cas intéressants à signaler.

[6] Il est bien certain, par exemple, que le seul fait d'arrêter illégalement une personne serait constitutif du crime prévu par l'article 341, alors même qu'il n'y aurait pas eu séquestration et que la personne arrêtée aurait été mise en liberté en arrivant au lieu où elle devait être détenue. A l'inverse, il est également certain, que la seule séquestration d'un enfant, par ses père et mère, dans une partie de leur habitation, rend ces derniers passibles des peines portées par l'article 341, bien qu'elle n'ait pas été précédée d'une arrestation : Cass., 27 sept. 1838 (S. 38. 1. 788). Cfr. Blanche, t. V, n° 233; Chauveau et Hélie, t. IV, n. 1687.

[7] Cfr. Morin, *op. cit.*, v° *Arrestation*, n° 11, *in fine*. Cet auteur voit même un délit continu dans l'*arrestation* illégale.

[8] *Sic*, Cass., 9 déc. 1842 (*B. cr.*, n° 321). C'est par suite du même motif qu'il ne saurait y avoir ni crime ni délit d'arrestation arbitraire dans l'arrestation d'un député, ordonnée à titre de mesure disciplinaire, par le président de la Chambre, et exécutée par les questeurs et le chef des huissiers, conformément au règlement de la Chambre : Paris, 4 janv. 1881 (S. 81. 2. 65; D. 82. 2. 179). Par une raison analogue, ne tombe pas non plus sous le coup des articles 341 et suivants, le capitaine de navire qui a fait détenir à fond de cale un passager qui s'est révolté contre son autorité : Aix, 17 déc. 1827 (*Répert. gén. alph. du droit français*, v° *Arrestation*, n° 39).

[illegible] et instituteurs ont, dans [illegible] l'autorité qui leur appar- [illegible] de correction, sans recourir [illegible] art. 376 et suiv.), et à la [illegible] aucunes tortures corporelles, [illegible] confiés à leurs soins[10]. Mais [illegible] les bornes d'une détention [illegible] serait en séquestration arbitraire. [illegible] sa femme, aucun droit de correc- [illegible] aucun prétexte et dans aucune cir-

[illegible] pas non plus applicable aux per- [illegible] de la garde d'un aliéné, l'enfermeraient [illegible] empêcher de divaguer. En dehors du [illegible] justifierait, à lui seul, de pareilles [illegible] que l'emploi en est implicitement auto- [illegible] 475 n° 7, du Code pénal, qui considère, comme [illegible] de police, le fait de laisser divaguer des fous [illegible] on a la garde[12]. Mais il y aurait certaine- [illegible] arbitraire au cas où, sous le prétexte d'un état [illegible] supposé, un individu aurait été arrêté et déposé [illegible] public consacré aux aliénés ou dans un [illegible] mais autorisé pour servir à la même desti- [illegible] dès lors, comme un lieu public. L'abus qui

[illegible] 1710.

[illegible] est reconnu par tous les auteurs. Voy. CHAUVEAU [illegible] 1691. BLANCHE, t. V, n° 236. Cfr. Rennes, 19 fevr. [illegible]

[illegible] place, en effet, au nombre des causes de [illegible] divorce, les excès, sévices et même les injures [illegible] de tenir sa femme constituerait certainement, [illegible] Voy. cependant : BLANCHE, t. V, n° 236 *in fine;* CHAU- [illegible] IV, [illegible] 1691. Quelques criminalistes décidaient, dans l'an- [illegible] droit de tenir sa femme en chartre privée : [illegible] par exemple : *Marito uxorem castigare, car-* [illegible] *cere licet*. JOUSSE paraît être du même avis, [illegible]

[illegible] et HELIE, t. IV, n° 1691; BLANCHE, t. V, n° 234.

consiste à se servir de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés pour obtenir une séquestration illégale rentre, sans aucun doute, s'il a lieu avec intention criminelle, c'est-à-dire avec connaissance et volonté, dans les termes du droit commun [13].

1909. La peine ordinaire du crime d'arrestation ou de séquestration arbitraire est celle des travaux forcés à temps. Mais le fait est susceptible d'être modifié d'après des circonstances aggravantes ou atténuantes déterminées par la loi.

1910. Les circonstances aggravantes du crime de séquestration arbitraire sont puisées, soit dans sa *durée*, soit dans les *moyens* qui ont été employés pour le commettre.

1911. « *Si la détention ou séquestration a duré plus d'un mois*, porte l'article 342, *la peine sera celle des travaux forcés*

[13] La Cour de cassation s'est cependant prononcée en sens contraire dans un arrêt du 18 février 1842 (S. 42. 1. 955) : « Attendu que ledit article 341 du Code pénal n'est point applicable au cas où, sur le motif pris de son état de démence, un individu est arrêté et déposé dans un établissement public consacré aux aliénés, ou dans un établissement privé, mais autorisé pour servir à la même destination, et considéré dès lors comme un lieu public; que si, de la part de celui qui a allégué l'état de démence, et qui, après l'accomplissement des formalités prescrites par ladite loi du 30 juin 1838, relativement au placement volontaire des aliénés, a obtenu ainsi l'admission du prétendu aliéné, il y a eu abus, cet abus ne peut donner lieu, suivant les circonstances, ou qu'à une action civile en dommages-intérêts, ou qu'a une poursuite, soit pour complicité des délits prévus et punis par les articles 39 et 41 de ladite loi du 30 juin 1838, soit pour les autres crimes ou délits qui pourraient résulter desdites circonstances; qu'ainsi, en appliquant aux faits de la cause, tels qu'ils ont été tenus pour constants dans l'ordonnance de la chambre du conseil et dans l'arrêt de mise en accusation, ledit article 341 du Code pénal, et en renvoyant les époux Romy devant la cour d'assises, comme prévenus du crime d'arrestation, de détention et de séquestration illégales, ledit arrêt a mal qualifié les faits et faussement appliqué ledit article 341. » Cette décision est, avec raison, critiquée par Blanche, t. V, n° 234. En effet, les articles 30 et 41 de la loi du 30 juin 1838 n'ont pas pour objet de prévenir les séquestrations arbitraires : ils punissent les infractions aux règles imposées pour l'ouverture des établissements d'aliénés, au régime de ces établissements, aux formalités à observer pour la réception et la sortie d'un aliéné, etc.; mais ils ne s'occupent, en aucune façon, du crime de séquestration arbitraire qui reste, en conséquence, sous l'empire du droit commun.

à perpétuité. » C'est du mois grégorien qu'il s'agit dans cette disposition[14]. On sait, en effet, que l'article 40 du Code pénal, qui fixe légalement la durée de chaque mois à trente jours, ne concerne que la durée de la peine d'emprisonnement[15].

1912. Trois autres circonstances ont été considérées comme aggravantes par l'article 344 : 1° si l'arrestation a été exécutée avec le faux costume, sous un faux nom, ou sur un faux ordre de l'autorité publique; 2° si l'individu arrêté, détenu ou séquestré, a été menacé de la mort; 3° si cet individu a été soumis à des tortures corporelles. Le Code pénal portait la peine de mort dans ces trois cas. La loi du 28 avril 1832 a modifié cette disposition, et, en réservant la peine de mort au cas le plus grave, celui de l'emploi de tortures corporelles, elle a réduit aux travaux forcés à perpétuité, la peine prononcée dans les deux premiers cas.

a) La première circonstance aggravante suppose l'usurpation d'une qualité qui permettrait, si elle était réelle, de procéder à une arrestation légale. Sans cela, on ne comprendrait pas qu'on vît, dans l'emploi d'un faux nom ou d'un faux costume, une circonstance aggravante de la culpabilité. Le faux costume, dont il est ici question, est celui du fonctionnaire dont on usurpe le titre pour faciliter l'exécution du crime. Il en est de même du faux nom[16].

b) Les menaces de mort sont les seules qui entraînent une aggravation légale de la peine. Mais il est indifférent qu'elles aient eu lieu au moment de l'arrestation, ou pendant la durée

[14] Cfr. Carnot, *op. cit.*, sur l'article 342, n° 2.

[15] *Suprà*, t. II, n° 501.

[16] Cfr. Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1698. Dans la discussion de la loi du 28 avril 1832, on a demandé, à la Chambre des pairs, ce que signifiait un faux costume. Le garde des sceaux a répondu : « La pensée qui se trouve dans cet article, c'est de punir l'individu qui, en prenant soit un faux nom, un faux costume, ou en invoquant un faux ordre, aura voulu faire croire qu'il agissait comme dépositaire de l'autorité publique. » Le commissaire du gouvernement a ajouté : « Ce n'est pas sans intention qu'on a mis dans l'article *le* costume et non pas *un* costume, on a évité par là toute équivoque ». En effet, le costume dont l'usurpation devient une circonstance aggravante, c'est le costume de l'autorité publique.

de la séquestration arbitraire. Peu importe également qu'elles aient été faites par écrit, ou verbalement; et, dans ce dernier cas, elles seraient considérées comme aggravantes alors même qu'elles n'auraient pas été faites sous condition. Ici, ne s'appliquent pas, en effet, les exigences de l'article 305 du Code pénal, relatif aux menaces isolées d'un autre fait punissable.

c) L'article 344, non plus que l'article 303, ne définit les tortures dont l'emploi constitue une aggravation de la séquestration arbitraire. Mais il résulte de l'esprit, comme du texte de la loi : 1° que seules les *tortures corporelles* ont ce caractère : la loi s'est abstenue d'aggraver la peine à raison des *tortures morales* que le détenu a pu subir[17]; 2° que seules les *tortures corporelles sérieuses* doivent être prises en considération par le jury; puisque la loi assimile ce fait à l'assassinat, elle a, sans aucun doute, visé des circonstances d'une extrême gravité; 3° enfin, qu'il faut entendre par tortures, non seulement les blessures, coups et violences graves, mais encore la privation d'aliments, de coucher et de vêtements, dans le cas où cette privation, en se prolongeant pendant un certain temps, prendrait le caractère d'une véritable torture matérielle[18].

1913. La loi, pour diminuer la peine, a égard à la *brièveté* de la séquestration arbitraire. Aux termes de l'article 343, « la peine sera réduite à l'emprisonnement de deux à cinq ans, si les coupables des délits mentionnés en l'article 341, non encore poursuivis de fait, ont rendu la liberté à la personne arrêtée, séquestrée ou détenue, avant le dixième jour accompli depuis celui de l'arrestation, détention ou séquestration. » Ils pourront aussi encourir l'interdiction de séjour (L. 27 mai 1885, art. 19), de cinq à dix ans.

La forme même dans laquelle est rédigé l'article 343 montre que la brièveté de la séquestration est une *excuse légale*. Sur le caractère de cette disposition tout le monde est d'accord. Il n'en est pas de même sur ses conditions et ses effets.

[17] Elle a considéré que seules les menaces de mort avaient le caractère de tortures morales de nature à aggraver légalement la peine de la séquestration arbitraire.

[18] *Sic*, BLANCHE, t. V, n° 245; CHAUVEAU et HELIE, t. IV, n° 1700.

1914. Tout d'abord, il convient de remarquer que le bénéfice d'une excuse étant strictement limité aux cas prévus par la loi (C. p., art. 65), l'accusé ne pourrait se prévaloir, pour demander un adoucissement légal de la peine, de la brièveté de la séquestration, s'il avait commis le crime avec les circonstances prévues par l'article 344; quel qu'ait été, dans ce cas, le peu de durée de la détention, le fait reste toujours puni des travaux forcés à perpétuité ou de la peine de mort[19]. L'article 343 est, en effet, formel pour restreindre l'application de l'excuse « aux délits mentionnés en l'article 341 ».

Pour que l'excuse existe, trois conditions sont nécessaires. Il faut : 1° que la détention ait duré moins de dix jours; 2° que la personne arrêtée, détenue ou séquestrée ait été rendue à la liberté par les coupables eux-mêmes; 3° que cet acte soit absolument spontané et qu'il ait eu lieu avant toute poursuite de fait.

Les poursuites de fait, dont il est question en l'article 343, s'entendent des poursuites[20] dirigées nominativement contre les coupables ou leurs complices[21]. Une poursuite, dirigée contre un inconnu, ne leur enlèverait pas le bénéfice de cette disposition.

1915. Les effets de l'excuse consistent dans la transformation de la peine criminelle en peine correctionnelle. S'ensuit-il que la qualification légale du fait en soit modifiée et que le *crime* de séquestration devienne un *délit* par suite de l'admission de l'excuse? Nous admettons cette conséquence, en faisant observer, de nouveau, que l'intérêt de la question ne se présente pas au point de vue de la compétence, mais au point de vue de la *prescription* et du droit de *déclarer*, en cour d'assises, des *circonstances atténuantes* au profit de l'accusé[22].

[19] *Sic*, Cass., 9 janvier 1847 (D. 47. 1. 121). Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1696 *in fine* ; Rauter, *op. cit.*, t. II, n° 480.

[20] Toute poursuite criminelle ou civile. *Sic*, Carnot, sur l'article 343, n° 3.

[21] S'il y avait plusieurs coupables, il ne serait pas nécessaire qu'ils eussent tous été l'objet de poursuites.

[22] Nous avons soutenu, en effet, que toute excuse atténuante, qui réagit

1916. Les peines de l'arrestation, de la détention ou séquestration arbitraires atteignent les complices de ce crime suivant les règles posées et dans les conditions prévues par les articles

sur la nature de la peine, réagit, par cela même, sur la qualification du fait punissable. Et, pour nous, il n'y a pas à distinguer entre les excuses atténuantes générales et les excuses atténuantes spéciales. M. Blanche (*op. cit.*, t. V, n° 241), s'occupant de la question particulière à la séquestration arbitraire, pose ainsi la difficulté : « La peine est-elle réduite à l'emprisonnement, parce que l'arrestation, détention ou séquestration, qui se produit dans les conditions que je viens d'indiquer, ne constitue plus qu'un délit? Ou bien, le fait, conservant son caractère criminel, la peine n'est-elle réduite à l'emprisonnement correctionnel qu'à raison d'une excuse légale résultant des mêmes conditions? Cette question est fort importante. Si le fait est réduit aux proportions d'un délit, il devient de la compétence des tribunaux correctionnels; si, au contraire, la peine n'est réduite qu'à raison d'une excuse légale, le fait conserve son caractère criminel, et reste dans la compétence des cours d'assises... ». Il y a, dans cette manière de poser la question, une confusion évidente. L'article 343 établit, sans aucun doute, une excuse atténuante légale, et nous admettons bien, avec l'éminent criminaliste, qu'il n'est pas question, dans cette disposition, d'un délit *sui generis*, mais d'un crime devenu punissable d'une peine correctionnelle. Il s'agit seulement de savoir s'il faut appliquer au fait ainsi caractérisé les principes qui régissent les qualifications criminelles ou bien ceux qui régissent les qualifications correctionnelles. C'est à cette dernière solution que nous nous rattachons par interprétation de l'article 1er du Code pénal. Mais dans notre opinion, le fait n'en est pas moins justiciable de la cour d'assises, devant laquelle l'excuse atténuante doit faire l'objet d'une question spéciale au jury, si elle résulte de l'acte d'accusation, ou si, aux termes des articles 338 et 339 du Code d'instruction criminelle, l'accusé la présente comme résultant des débats. L'intérêt pratique de la divergence que nous signalons ne se présente pas, au point de vue de la compétence, car les juridictions de jugement ont seules le droit d'examiner l'existence des excuses et d'en tenir compte; il se présente surtout au double point de vue de la durée de la prescription et de l'autorité chargée de déclarer l'existence des circonstances atténuantes en cour d'assises. Quoi qu'il en soit, l'opinion que nous avons soutenue sur l'effet de l'excuse atténuante ne paraît pas admise en doctrine et en jurisprudence. Spécialement, sur le cas d'excuse prévu par l'article 343 : Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1696, et aux arrêts précités, ajoutez : Rennes, 19 avril 1879 (S. 79. 2. 287 ; D. 79. 2. 76); Riom, 19 janvier 1880 (S. 80. 2. 328; D. 80. 2. 200); Rouen, 11 juill. 1884 (D. J. G., supplément, v° *Liberté individuelle*, n° 27); et l'arrêt de Cass. du 24 avril 1841 (*B. cr.*, n° 116) reproduit par Blanche, *op.* et *loc. cit.*, ainsi que l'arrêt de la Cour de cass., du 9 déc. 1893 (D. 96. 1. 510).

[illegible] L'article 341, § 2. [illegible] reste, l'ap-
[illegible] à une hypothèse particulière. En
[illegible] passibles de la peine des travaux for-
[illegible], sans ordre des autorités constituées, et
[illegible] ordonne de saisir les prévenus, auront
[illegible] séquestré des personnes quelconques, cet
[illegible] *quiconque aura prêté un lieu pour exécuter*
[illegible] *séquestration, subira la même peine.* Cette
[illegible] serait inutile si elle avait simplement pour but de
[illegible] quiconque a procuré sciemment et intentionnelle-
[illegible] vu de commettre un crime ou un délit peut être
[illegible] comme complice et puni de la même peine que l'au-
[illegible] crime ou de ce délit, a soulevé, précisément en rai-
[illegible] caractère, une difficulté grave. On s'est demandé s'il
[illegible] dans ce fait, un crime *sui generis,* punissable, dans
[illegible], et quelles que soient la qualification et la peine de
[illegible] ou de la détention arbitraire, des *travaux forcés*
[illegible], ou bien, au contraire, s'il fallait y voir un fait de com-
[illegible] punissable de la *même peine* que le fait principal auquel
[illegible] rattache. C'est, à notre avis, cette dernière opinion qu'il est
[illegible] de suivre. La mise à la disposition du coupable d'un
[illegible] propre à exécuter la détention ou la séquestration n'est
[illegible] de complicité. C'est pour qu'il n'y eût aucun doute
[illegible] manière de le considérer que l'article 341 frappe ce fait
[illegible] même peine que la séquestration elle-même[24]. Mais la loi
[illegible] entendu lui donner le caractère d'un délit *sui generis,*
[illegible] pendant du fait principal auquel il se rattache.

[illegible] ont de 14, tout d'abord, que la participation de celui qui
[illegible] un local propre à exécuter la détention ou la séquestration
[illegible] punissable que si elle est consciente et intentionnelle[25]. Il

[illegible] (D. [illegible] 1, 121); CARNOT, sur l'article 341, n° 2;
[illegible] n° 240.

[illegible] pense que la complicité supposant, aux
[illegible] fait d'avoir procuré des armes, des instruments ou
[illegible] l'action, on pourrait douter de son appli-
[illegible] un local, une maison, etc.?

[illegible] que celui qui a fourni le local ait agi sans con-

en résulte également que les circonstances qui aggravent ou atténuent la criminalité du fait principal aggravent ou atténuent la culpabilité du fait accessoire. Les causes d'aggravation ou d'atténuation, puisées dans la durée plus ou moins longue de la détention, et modifiant la criminalité objective du crime, sont nécessairement communes à tous ceux qui ont participé, comme auteurs ou comme complices, au fait incriminé [26]. Sur ce point, il ne saurait y avoir de difficulté. Mais faut-il en dire autant de la cause d'aggravation puisée dans les moyens d'exécution, dans l'emploi de tortures, menaces, faux ordres, ou faux costumes? On a soutenu [27] que l'aggravation de peine ne peut atteindre celui qui a prêté le lieu de la séquestration, que dans le cas où ce dernier a connu les moyens ou menaces employés pour exécuter l'arrestation ou la détention. Cette opinion est difficile à adopter dans le système de législation que formule l'article 59 du Code pénal. Si quelques-unes des circonstances visées par l'article 344 paraissent avoir un caractère personnel, elles n'en modifient pas moins la pénalité légale, et réagissent sur la criminalité du fait lui-même [28].

trainte, ainsi qu'il est décidé par l'article 99 du Code pénal, à l'égard de ceux qui ont prêté des lieux de retraite ou de réunion à des bandes séditieuses.

[26] M. Morin (*op. cit.*, v° *Séquestration de personnes*, n° 6), se fondant sur ce que l'article 342 n'a pas dit textuellement que la peine devrait être augmentée à l'égard de celui qui a prêté le lieu de la détention, décide que l'aggravation prévue par cet article ne saurait l'atteindre. Mais cette opinion est en contradiction avec le texte et avec l'esprit de la loi. Il est manifeste, en effet, que la peine du complice qui a prêté le lieu de la séquestration s'aggravera comme celle de l'auteur principal de ce fait, si la séquestration a duré plus d'un mois. C'est en effet, la peine de l'article 341, aussi bien la peine de l'auteur principal que celle du complice, que l'article 342 élève à la peine des travaux forcés à perpétuité. D'un autre côté, si le complice ne devait pas subir le poids de cette circonstance aggravante, il ne devrait pas non plus bénéficier de l'excuse, et il en résulterait que, si la séquestration avait duré moins de dix jours, l'auteur principal ne serait condamné qu'à un emprisonnement de deux à cinq ans, aux termes de l'article 343, tandis que le complice serait, dans tous les cas, condamné aux travaux forcés à temps Cfr. du reste : Blanche, t. V, n° 239 ; Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1701.

[27] Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. IV, n° 1701.

[28] Cfr. du reste, sur la question générale, ce que nous avons dit à propos

Le nommé N... est-il coupable d'avoir (la date) prêté un lieu pour exécuter l'arrestation ou la détention susmentionnée, sachant qu'il devait y servir.

Circonstances aggravantes. — La détention ou séquestration susmentionnée a-t-elle duré plus d'un mois?

L'arrestation susmentionnée a-t-elle été exécutée avec le faux costume, sous un faux nom ou sur un faux ordre de l'autorité publique?

Le nommé N... a-t-il menacé de mort la personne arrêtée, détenue ou séquestrée?

Le susnommé arrêté, détenu ou séquestré a-t-il été soumis à des tortures corporelles?

Excuse. — Le nommé N..., non encore poursuivi de fait, a-t-il rendu la liberté à la personne susnommée, avant le dixième jour accompli depuis celui de l'arrestation, détention ou séquestration?

SECTION SIXIÈME

Crimes et délits tendant à empêcher ou à détruire la preuve de l'état civil d'un enfant ou à compromettre son existence; enlèvement de mineurs; infractions aux lois sur les inhumations.

---

§ CXIV. — DU DÉLIT DE SUPPRESSION D'ÉTAT.

(C. civ., art. 327).

1918. Objet de cette section. — **1919.** Il est nécessaire, avant de s'engager dans l'exposé des infractions qui en sont l'objet, de rechercher en quoi consiste le « délit de suppression d'état », dont parle l'article 327 du Code civil. — **1920.** La suppression d'état qui était l'objet d'une prévision générale dans le Code pénal de 1791, ne forme pas, dans le Code pénal de 1810, l'objet d'un titre particulier d'infraction. — **1921.** Un délit de suppression d'état soulève deux questions, une question civile, une question pénale. En principe, les juridictions répressives, compétentes pour statuer sur le délit, seront compétentes pour vérifier l'existence de l'état prétendu supprimé. Exception en matière de filiation où la question d'état est préjudicielle. Motifs de cette exception. — **1922.** Division. — **1923.** La suppression d'état de filiation n'est pas un genre

douze années de fers. » Le Code civil, dans l'article 327, paraît également se référer à un *délit général*, qui aurait la même qualification et la même étendue que dans la législation intermédiaire. Mais le Code pénal ne classe pas textuellement la *suppression d'état* parmi les actes qu'il réprime. Faut-il en conclure qu'en l'état de notre législation actuelle ce fait reste impuni? nullement, mais il reçoit sa *qualification spéciale* du *moyen* qui aura servi à l'exécuter. De sorte que la suppression d'état ne peut plus être atteinte, aujourd'hui, ainsi qu'elle l'était par le Code pénal de 1791, sous une incrimination générale, englobant tous les cas où elle a lieu. Elle est aujourd'hui visée par des textes divers et multiples [2].

1921. Tout délit de suppression d'état suppose deux faits distincts : l'*existence* de l'état prétendu supprimé; la *suppression* même de cet état. Une poursuite en suppression d'état soulève donc deux questions, dont l'une est *civile* de sa nature, et l'autre exclusivement *pénale*. Conformément aux principes généraux de la compétence, les juridictions répressives, compétentes pour statuer sur le délit de suppression d'état, ont qualité pour décider la question d'état soulevée par la poursuite, malgré son caractère civil. Mais en matière de *filiation*, la loi fait exception à la règle [3] : elle réserve aux tribunaux civils le pouvoir de statuer sur les actions en réclamation de filiation (C. civ., art. 326); et, pour empêcher que ces actions ne soient portées, sous prétexte d'un délit de suppression d'état, devant les tribunaux de répression, elle ordonne, dans l'article 327 du Code civil, que « *l'action criminelle contre un délit de suppression d'état,*

[2] L'état civil des personnes est le fondement des familles. Aussi, les faits par lesquels cet état est frauduleusement altéré doivent être l'objet d'une prévision générale et classés parmi les délits contre l'ordre des familles. Ainsi que le Code pénal de 1791, un grand nombre de Codes modernes incriminent, par une disposition générique, le délit de suppression d'état. Voy. par exemple, l'art. 341 du Code pénal italien. Ce système est évidemment préférable à celui de notre Code pénal.

[3] Je dis : *en matière de filiation;* c'est ce qui résulte, en effet, de la place qu'occupent les articles 326 et 327 du Code civil dans le titre de la *Paternité et de la filiation*, et dans le chapitre : *Des preuves de la filiation.*

[illegible] *qu'après le jugement définitif sur la*

[illegible] u surtout pour objet, dans la pensée du [illegible]er la violation indirecte du principe qui [illegible] filiation par témoins, sans commencement [illegible] ou, du moins, sans présomptions graves [illegible]pécer (C. civ., art. 323). L'existence de cette [illegible] de l'action publique serait, en effet, com- [illegible]ce, si la preuve par témoins était indistincte- [illegible] matière repressive. Mais, les règles sur les [illegible], en principe, de la nature des faits à prou- [illegible] nature des juridictions saisies de ces faits. Les [illegible] 327 du Code civil n'existeraient pas, les juridic- [illegible], saisies d'une poursuite en suppression d'état [illegible] seraient tenues, pour établir l'existence de l'état [illegible] supprimé, de se conformer à l'article 323 du Code civil. [illegible] d'*instruction* devraient renvoyer d'instance l'in- [illegible] de suppression d'état de filiation, s'il n'y avait ni [illegible] de preuve par écrit, ni indices graves venant ap- [illegible] réclamation d'état. Dans le cas où l'affaire serait portée [illegible] tribunaux correctionnels, ceux-ci devraient vérifier [illegible] l'existence des conditions exigées par l'article [illegible] l'action non recevable si ces conditions faisaient

[illegible] attache à démontrer que la véritable explication de [illegible] pas la préoccupation des périls d'une preuve testimo- [illegible] l'législateur, en édictant cette disposition, s'était surtout [illegible] le repos des familles, « qu'il ne faut pas troubler par les [illegible], sous prétexte de l'affermir. » Nous aurions mauvais [illegible] que cette considération a eu sa part d'influence [illegible] de l'article 327. Mais, ce qui nous paraît résulter des [illegible], c'est que la préoccupation des périls de la preuve [illegible] la principale cause de l'article 327. Aussi nous ne croyons [illegible] la distinction proposée par Bertauld entre les in- [illegible] et celles qui *détruisent* les preuves de la filiation, [illegible] donnant lieu à une question préjudicielle. Cette dis- [illegible] ne trouve nulle trace dans la loi, n'est que la conséquence [illegible] donné par l'éminent jurisconsulte à l'article 327 du

défaut. Tel était, en effet, le système primitif du projet de Code civil. Les articles 17 et 18 ouvraient la voie civile, seulement à l'enfant qui réclamait son état, mais réservaient au ministère public le droit d'intenter d'office l'action criminelle, *sur un commencement de preuve par écrit*. Si ce système n'a pas prévalu, c'est pour éviter que l'issue de l'action publique ne préjugeât le jugement de la question de filiation, dont le tribunal de première instance et la cour d'appel ont seuls le droit de connaître (C. civ., art. 326).

1922. Quand y a-t-il délit de suppression d'état de filiation? Dans quels cas et à quelles conditions l'action criminelle est-elle suspendue par la question d'état? Telles sont les deux faces du problème que soulève l'article 327 du Code civil.

1923. I. La *suppression d'état de filiation* n'est pas un genre particulier de délit, comme l'*escroquerie*, le *meurtre* et le *vol;* elle résulte de toute infraction employée comme *moyen* de supprimer l'état d'un enfant. C'est donc le *résultat* d'une infraction qui sert à lui imprimer le caractère de délit de suppression d'état. Aussi ce fait n'a été spécialement incriminé par aucun texte du Code pénal, qui n'a même pas pris soin de le définir. A la vérité, le chapitre Ier, section VI, du livre III du Code pénal est intitulé : *Des crimes et délits tendant à empêcher ou détruire la preuve de l'état civil d'un enfant*, etc. Mais, d'une part, comme nous le démontrerons plus loin, les faits prévus par le § 1er de ce chapitre (art. 345 à 361) n'ont pas toujours pour objet de supprimer l'état de l'enfant. Et, d'autre part, des infractions qui ne sont pas comprises dans ce chapitre, telles que le faux, peuvent produire le même résultat, et prennent alors, au point de vue de l'article 327 du Code civil, la qualification générique de délits de suppression d'état.

1924. La filiation ne résulte pas d'une convention, que le consentement des parties suffit à former ou à détruire, elle a sa cause dans un fait physique et matériel : or, un crime, un délit peuvent bien avoir pour résultat de faire disparaître la preuve légale de la filiation d'un enfant, mais ils sont impuissants à le dépouiller de l'état qui lui est donné par sa naissance. Par délit de suppression d'état, il faut donc entendre le délit qui a pour

inexistence ou *perte des registres*), soit l'article 323 du Code civil; et, comme la chose jugée au criminel, si la poursuite du délit de suppression d'état était possible, aurait pour résultat de trancher la question de filiation et de faire *titre* pour l'enfant, la loi suspend cette poursuite, jusqu'à ce qu'il ait été prononcé sur la question d'état par les tribunaux civils, seuls compétents pour la résoudre.

1926. Les faits, de nature à produire un délit de suppression d'état de filiation légitime, doivent être rangés en trois classes.

a) La première comprend les infractions qui entraînent toujours et nécessairement, lorsqu'elles sont *consommées*, une suppression d'état. Tel est le crime de faux, en tant qu'il a pour objet et pour résultat de donner à l'enfant un père ou une mère autre que son père ou sa mère légitime. Ce crime comprend : 1° les fausses déclarations faites à l'officier de l'état civil par les comparants (C. p., art. 147, § 4); 2° le faux, commis par cet officier dans la rédaction de l'acte de naissance, en dénaturant les déclarations qui lui sont faites (C. p., art. 146); 3° l'altération commise *ex post facto* sur les registres de l'état civil, dont l'effet serait de supprimer le véritable état de l'enfant (C. p., art. 145 et 147). Dans ces trois cas, il y a délit de suppression d'état, alors même que l'enfant est en *possession* de l'état qui lui appartient par sa naissance. En effet, c'est *à défaut de titre* seulement, que la *possession d'état* est admise comme *preuve de la filiation légitime*. S'il y a un acte de naissance, c'est ce titre qui décide, car il est la preuve par excellence de la filiation. C'est le passeport que la société délivre à chacun de ses membres à son entrée dans le monde. Ce titre fait foi en faveur de l'enfant, alors même qu'il serait contredit par la possession d'état, mais aussi l'enfant ne peut invoquer la possession d'état contre son titre. Si donc la possession d'état n'est pas conforme à l'acte de naissance, c'est ce dernier qui prévaut.

b) La deuxième classe comprend les infractions, qui constituent une suppression d'état, seulement dans le cas où l'enfant n'a pas, en fait, la *possession de l'état* qui devrait lui appartenir par sa naissance. Tels seraient : 1° l'omission de déclaration

[illegible] assisté à l'accouchement (C. p., [illegible] acte de naissance sur une simple [illegible] ; 3° la destruction, soit totale, [illegible] de l'état civil (C. p., art. 439) ; 4° le [illegible] soit de l'officier de l'état civil, soit [illegible] sujet de faire passer un enfant légitime [illegible] mère inconnus. Dans ces cas, le crime ou [illegible] résultat de priver l'enfant de la preuve [illegible] trouverait dans un acte inscrit sur les registres [illegible] si la victime de l'infraction a la possession [illegible] légitime, cette possession, n'étant pas contredite [illegible] forme une preuve complète en sa faveur. Les [illegible] qui nous occupent ne suppriment donc la preuve de la [illegible] autant que l'enfant n'a pas une possession d'état [illegible] la filiation à laquelle il a droit.

[illegible] troisième classe comprend les infractions qui ont pour [illegible] de priver l'enfant de la possession d'état, et qui sup- [illegible] la preuve de l'état, parce que la filiation n'est pas [illegible] par un acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil. Tels seraient : 1° les crimes d'enlèvement, de recélé [illegible] de suppression d'enfant (C. p., art. 345)[8]; 2° la substitution

[illegible] l'officier de l'état civil constate la naissance sur une simple feuille volante, cet écrit ne fait pas preuve, car il ne constitue pas un acte de l'état civil, l'inscription sur le registre étant une condition essentielle pour l'existence de l'acte (C. civ., art. 319). Que la représentation de la feuille volante permette à l'enfant de recourir à la preuve testimoniale, soit dans les termes de l'article 46, soit dans les termes de l'article 323 du Code civil, — ce qui est discuté, — il n'en est pas moins certain que la négligence de l'officier de l'état civil aura empêché l'enfant d'acquérir la preuve de sa filiation par un acte de naissance, régulièrement inscrit sur les registres de l'état civil. Voy. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, n°s 554 à 557.

[8] D'après certains auteurs, qui s'appuient sur les travaux préparatoires du Code pénal et sur l'intitulé même de la section sous laquelle l'article 345 est placé, l'atteinte à l'état civil de l'enfant serait une circonstance *constitutive* de ces délits : Blanche, t. V, n°s 255 et suiv.; Le Sellyer, *De la compétence et de l'organisation des tribunaux répressifs*, t. II, n°s 665 et 666 ; Hourwas, *Questions préjudicielles*, t. II, n°s 298 et 304. Je ne crois pas cette opinion fondée. La moralité des infractions prévues par l'article 345 consiste dans l'intention de cacher la naissance de l'enfant ou de le faire passer pour

d'un enfant à un autre (C. p., art. 345)[9]; 3° la supposition d'enfant à une personne qui n'est pas accouchée, en tant, du moins, que cette supposition n'est pas imaginaire et a été accompagnée du fait matériel de l'introduction d'un enfant dans une famille à laquelle il n'appartient pas (C. p., art. 345)[10]. Dans ces trois cas, les infractions énumérées, qui ont fait disparaître la possession d'état, n'impliquent pas une suppression d'état, lorsque la filiation est constatée par un acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil. De deux choses l'une, en effet, — ou cet acte de naissance indique la véritable filiation de l'enfant, et cette preuve lui reste acquise, malgré le délit; — ou cet acte assigne à l'enfant une filiation qui n'est pas la sienne, et alors les délits qui nous occupent n'aboutissent pas à une suppression d'état, puisque la possession d'état, dont ils dépouillent l'enfant, étant contredite par l'acte de naissance, ne prouve pas la filiation.

1927. *De la suppression d'état de filiation naturelle.* — L'en-

mort. Mais le motif qui détermine l'agent à commettre l'infraction est indifférent pour la loi. Ceux qui font passer pour mort un enfant *régulièrement inscrit* sur les registres de l'état civil, dans le but de faciliter un mariage, de se soustraire aux soins que réclame l'enfant, etc., n'en commettent pas moins les crimes d'enlèvement, de recélé ou de suppression d'enfant. Mais, dans ce cas, l'infraction n'ayant pas eu pour résultat de supprimer l'état pourra être poursuivi *de plano* par le ministère public. Dans ce sens : Bertauld, *Questions et exceptions préjudicielles*, nos 14 et suiv.; Haus, *Dissertation sur la suppression d'enfant*, en appendice au tome I de ses *Principes*. D'après la jurisprudence la plus récente, l'article 345 § 1er prévoit et punit deux ordres de fait : 1° la suppression de la personne d'un enfant ayant eu vie; 2° la suppression d'état d'un enfant ayant vécu. Et si le crime de suppression d'état ne peut motiver l'action publique qu'après le jugement de la question d'état, il en est autrement du crime de suppression de la personne. Comp. : Cass., 4 décembre 1879 (S. 81. 1. 89); Cabrye, *De la suppression d'état* (*Rev. hist.*, 1875, p. 410).

[9] Cfr. Haus, t. II, n° 1235 et note 17; Cass., 20 novembre 1876 (S. 77. 1. 433), et la note de M. Villey.

[10] Cette supposition d'enfant est le plus souvent accompagnée de faux. On fait inscrire l'enfant sur les registres de l'état civil, comme né d'une femme qui n'est pas accouchée. Elle peut cependant résulter d'un simple fait d'introduction de l'enfant dans une famille, comme né d'une femme qui n'est pas accouchée.

1° que l'action publique contre un délit de suppression est suspendue, toutes les fois que la chose jugée au criminel a pour résultat de trancher la question d'état; 2° mais elle ne l'est pas, au contraire, toutes les fois que la chose jugée au criminel doit laisser intacte cette question même. Or, il est un certain nombre d'infractions qui impliquent bien une suppression d'état, mais pour lesquelles le *fait délictueux* n'est pas inséparablement lié à la *question de filiation*, de sorte que ces infractions peuvent être poursuivies, sans que la filiation d'une *personne déterminée* soit mise en question. Pour ces infractions, l'action du ministère public aura libre cours, pourvu qu'il écarte de la poursuite tout ce qui tendrait à établir la *relation du fait punissable* avec la *filiation d'une personne déterminée*. Ainsi, la destruction, soit des registres de l'état civil, soit d'un ou de plusieurs actes de naissance ou de reconnaissance inscrits sur ces registres, peut être poursuivie, sans qu'on recherche quelle est la filiation de l'enfant ou des enfants dont l'état est supprimé par ce délit. Il en est de même de l'inscription de l'acte de naissance sur une feuille volante, ou du délit des personnes qui, ayant assisté à un accouchement, ont négligé de faire la déclaration prescrite par la loi. Ainsi encore, les infractions qui constituent à la fois des attentats contre la *personne* de l'enfant et une suppression de son état, telles que l'exposition, le délaissement, l'enlèvement, la suppression, le recélé d'enfant, pouvant être poursuivies et jugées, quel que soit l'état de l'enfant, et à quelques parents qu'il appartienne, seront déférées à la juridiction répressive par le ministère public, sans que celui-ci ait besoin d'attendre que la question de filiation soit jugée par les tribunaux civils. En un mot, pour que l'article 327 s'applique, il s'agira toujours de savoir, non pas si la poursuite d'un délit de suppression d'état intéresse, de près ou de loin, la question d'état, mais bien si elle la soulève si directement que, en supposant qu'elle réussisse, elle constitue le *titre* même de l'état supprimé.

1929. Pour déterminer dans quelle mesure la question de filiation suspend la poursuite du délit de suppression d'état, nous avons à distinguer deux hypothèses.

du législateur de préférer l'impunité de certains crimes au danger d'abandonner à la justice répressive, particulièrement au jury, le soin de résoudre les difficultés que présente la décision des questions qui ont pour objet l'état de filiation[12].

§ CXV. — DIVISION.

1930. Le Code pénal prévoit et punit deux catégories d'infractions; les unes qui tendent à empêcher ou à détruire l'état civil de l'enfant; les autres qui compromettent son existence. — **1931.** Division.

1930. Si l'on tient compte de l'intitulé même de la section VI : *crimes et délits tendant à empêcher ou à détruire la preuve de l'état civil de l'enfant ou à compromettre son existence,* il semble que le législateur ait voulu prévoir et punir, en les séparant, deux catégories d'infractions : les unes qui tendent à empêcher ou à détruire l'état civil de l'enfant et qui constituent, par suite, des attentats contre l'*état de filiation*; les autres qui compromettent son existence et qui sont des attentats contre la *personne de l'enfant.* Mais il faut bien reconnaître que les diverses infractions, dont il va être ici question, ne sont séparées que par des nuances difficiles à saisir, qu'elles peuvent rentrer les unes dans les autres et qu'il est presque toujours délicat de donner à des faits, malheureusement fréquents, leur véritable qualification. Trois groupes de crimes ou de délits peuvent être, du reste, distingués : 1° le fait de ceux qui enlèvent, recèlent, suppriment la personne de l'enfant ou substituent un enfant à un autre (C. p., art. 345); 2° le fait de ceux qui ne déclarent pas la naissance que leur qualité ou leur assistance à un accouchement leur fait un devoir de porter à la connaissance de l'of-

[12] Merlin, *op. cit.*, v° *Question d'état*, § 2, a soutenu que l'article 327 ne suspendait l'action publique que lorsque l'action civile était intentée; mais que, dans le cas contraire, le ministère public pouvait poursuivre *de plano* la suppression d'état. Ce système qui a été suivi par quelques commentateurs du Code civil (Marcadé, t. II, art. 327, n° 11 ; Laurent, t. II, n° 473; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 720), est repoussé par une jurisprudence constante et par presque toute la doctrine. Comp. : Cass., 30 novembre 1876 (S. 77. 1. 433).

346 et 347); 3° le fait de ceux soin d'un enfant, le portent à ceux qui l'exposent et le délaissent solitaire (C. p., art. 349 à 353).

rons à chacun de ces groupes un para-

1931. — DE LA SUPPRESSION D'ENFANT.

(C. p., art. 345).

suppression d'enfant. Observation générale. Division. — et l'état des enfants naturels sont protégés comme la per- les enfants légitimes. — **1934**. La qualification de suppression empruntée à notre ancienne législation. Quel en était l'objet et le but? Modifications apportées à ce régime par le Code pénal de système du Code pénal de 1810. — **1935**. La suppression d'enfant, au- c'est l'action de faire clandestinement disparaître, sans le faire périr, ant, dans l'intention de dissimuler sa naissance ou de le faire passer mort. Dans le système du Code pénal, le fait ne rentrait sous cette qua- ation qu'autant qu'il avait eu pour but de changer l'état civil de l'enfant. Conséquences qui en résultaient. — **1936**. Modifications apportés à l'article 345 par la loi du 13 mai 1863. — **1937**. Ces modifications paraissent avoir amené une évolution dans la jurisprudence. Différentes opinions qui ont été soutenues. — **1938**. Nous nous rallions au système d'après lequel l'article 345 prévoit deux faits distincts : le crime de suppression de la personne d'un enfant ayant eu vie, et le crime de suppression d'état d'un enfant ayant vécu. — **1939**. Eléments constitutifs du crime. — **1940**. Le premier élément, c'est le fait matériel de la suppression. — **1941**. Des procédés d'exécution par lesquels il peut se réaliser. Enlèvement, recélé, suppression d'enfant, substitution et supposition de part. — **1942**. Le second élément du crime consiste dans l'intention de cacher la naissance de l'enfant ou de le faire passer pour mort. — **1943**. Le crime suppose enfin, comme troisième élément, la suppression d'un enfant né vivant. — **1944**. De la suppression d'un enfant mort-né ou dont l'existence est incertaine. — **1945**. Le premier élément du délit consiste dans le fait matériel de la suppression. — **1946**. Le second, dans l'intention de cacher la naissance de l'enfant. — **1947**. Le troisième, dans la suppression d'un enfant, c'est à dire d'un être parvenu à un certain degré de développement. — **1948**. Dans quels cas peut-on dire que l'enfant n'a pas vécu. — **1949**. De la complicité du crime ou du délit de suppression d'enfant. De ceux qui ont donné l'ordre de commettre ce fait. — **1950**. Du cas où un enfant a été homicidé et supprimé. — **1951**. Questions au jury. — **1952**. Défaut de représentation d'un enfant. — **1953**. Questions au jury.

1932. L'article 345 du Code pénal, dans ses trois premiers avoit : 1° la suppression d'un enfant qui a vécu; 2° la

suppression d'un enfant dont l'existence est douteuse; 3° celle d'un enfant qui est mort. Il punit de la réclusion le premier fait; le second, d'un mois à cinq ans d'emprisonnement; et le troisième, de six jours à deux mois d'emprisonnement. Il résulte tout d'abord de l'organisation de cette échelle de pénalité, que le ministère public, en cas de suppression de part, doit établir que l'enfant a vécu, s'il prétend donner au fait poursuivi le caractère du crime puni de la réclusion; mais que, d'un autre côté, c'est à l'inculpé à prouver que l'enfant n'a pas vécu, si l'inculpé prétend n'encourir que la peine du délit de six jours à deux mois d'emprisonnement. A défaut de l'administration de l'une ou l'autre de ces preuves, on se trouve dans la situation intermédiaire, celle de doute sur la vie de l'enfant supprimé, et la peine d'un mois à cinq ans d'emprisonnement devient applicable[1]. Cette proposition est certaine, mais le problème capital consiste à déterminer les éléments constitutifs de l'infraction, à laquelle on donne la qualification générique de *suppression d'enfant*. Pour le résoudre, nous examinerons, distinctement, d'abord le *crime* prévu par le § 1er de l'article 345, puis les *délits* prévus par le § 2.

C'est à cette division essentielle qu'il convient tout d'abord de s'arrêter.

1933. Mais il faut auparavant présenter une observation qui s'applique aux divers cas de suppression d'enfant. Quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur les éléments constitutifs de ce crime ou de ce délit, il est bien certain que la *personne* et l'*état* des enfants *naturels*, doivent jouir, comme la *personne* et l'*état* des enfants *légitimes*, de la protection des articles 345 et suivants[2]. A ce point de vue, aucune distinction ne peut être faite entre les uns et les autres.

§ CXVI. [1] Cfr. Cass., 24 novembre 1865 (S. 66. 1. 308). Voy. E. Martin, *Des trois cas de suppression d'enfant* (*Journ. des parq.*, 86. 1. 116).

[2] Cass., 29 mai 1873 (D. 73. 1. 386); Cet arrêt décide « que le crime (de suppression d'état) existe également en cas de filiation naturelle, comme en cas de filiation légitime; que l'état d'enfant naturel, qui confère des droits et impose des obligations à celui à qui il appartient, a besoin, comme celui d'enfant légitime, d'être protégé par la loi; qu'ainsi l'article 345 du Code pénal ne distingue pas. »

·orter la preuve directe qu'elle l'avait fait périr.
·ner l'état civil de l'enfant n'était pas, dans
une condition essentielle de la suppression de
tion résulte, non seulement de la définition de
s avons rapportée plus haut, mais encore de ce
e de suppression de part, qui constituait un infan-
, était commis par des femmes qui, pour cacher
faisaient disparaître le cadavre de leur enfant.
tait, sur ce point, la législation de l'ancienne France.
pénal de 1791 la modifia profondément : il n'incrimina
une manière spéciale, la suppression de part; il la com-
avec d'autres faits de même nature, dans une disposition
rale, ayant pour but de protéger l'état civil des personnes[6],
que nous avons déjà rapportée[7]. Cette disposition s'appli-
quait, dans ses termes, à tous les faits de nature à empê-
cher ou à détruire la preuve de l'état civil d'un enfant, et, par suite, non seulement à la suppression, mais encore à la substitution et à la supposition de part, ainsi qu'à l'enlèvement, au recélé, à l'exposition et au délaissement de l'enfant. Mais l'existence du crime était subordonnée à deux conditions corrélatives: il fallait que le fait eût été commis volontairement, c'est-à-dire avec l'*intention* de supprimer l'état civil de l'enfant, et que ce résultat eût été, en effet, obtenu. A défaut de l'une ou de l'autre de ces conditions, les faits de suppression, de substitution, de supposition de part, l'enlèvement, le recélé, l'exposition, le délaissement d'enfant demeuraient impunis.

Ce système, défectueux en ce sens qu'il protégeait l'*état civil* sans protéger efficacement la personne de l'enfant, fut modifié par le Code pénal de 1810, dans les articles 345 à 353, qui, placés sous la rubrique : *Crimes et délits tendant à empêcher ou à détruire la preuve de l'état civil d'un enfant*, introduisait une double réforme : d'une part, la spécification et la distinction d'un certain nombre de faits ayant pour but ou pour effet de supprimer la preuve de l'état de filiation; d'autre part, la ré-

[6] Code pénal de 1791 (part. II, tit. II, sect. 1re, art. 32).
[7] *Suprà*, n° 1920.

19 [illegible] indépendant soit de l'intention du
lifi[illegible] [illegible] du résultat voulu
été [illegible] [illegible] crimes, la qualifica-
D[illegible] [illegible] dans l'article 345, con-
ou [illegible] substitution et de supposition
s[illegible] [illegible] était pas celui que l'an-
[illegible]

[illegible] en effet, c'est l'action de
[illegible] sans le faire périr, un enfant,
[illegible] sa naissance ou de le faire
[illegible] le but recherché par le cou-
[illegible] qui l'a déterminé, cette action
[illegible] de l'enfant[3] qui se complique,
[illegible] son *état civil*, c'est-à-dire à la
[illegible] devait lui donner sa naissance. Mais les
[illegible] personne et celle de l'état civil, sont-
[illegible] relatives? Si l'on se place à un point de
[illegible] système de législation, prévoyant et
[illegible] génerique de [illegible] suppression d'en-
[illegible] faits distincts : 1° le fait de suppression
[illegible] dont la disparition compromet l'état
[illegible] la suppression de cet état ne paraît pas
[illegible] et déterminante de la suppression de
[illegible] 2° le fait de suppression d'état d'un en-
[illegible] quand la suppression de l'état civil a été le
[illegible] comme elle est le titre et la base
[illegible]

[illegible] pourra se réaliser, soit en exposant, délais-

[illegible] la suppression d'en-
[illegible] la personne même de
[illegible] ne peut être rap-
[illegible] une démarche
[illegible] son enfant est devenu et elle
[illegible] mais l'infanticide ne
[illegible] a poursuit alors pour
[illegible] pratiquement la portée de l'incrimination

sant, enlevant ou recélant un enfant nouveau-né, ou en le faisant exposer, délaisser, enlever ou recéler, soit en inhumant ou en faisant inhumer clandestinement un enfant mort peu de temps après sa naissance, ou en faisant disparaître le cadavre de toute autre manière. Mais il ne faudrait comprendre, parmi les moyens de nature à servir à l'exécution du crime, ni l'absence de déclaration de la naissance d'un enfant, ni les fausses déclarations de naissance ou de décès, ni les faux matériels commis sur les registres de l'état civil, car ces infractions peuvent bien, comme nous l'avons vu, avoir pour résultat de supprimer la preuve de l'état civil, mais non pas la personne même de l'enfant.

Le second crime peut, sans doute, se réaliser par les mêmes moyens que le premier, mais il peut aussi se commettre par la substitution d'un enfant à un autre ou la supposition d'un enfant à une femme qui n'est pas accouchée.

Cette distinction faite, il importe de remarquer qu'une législation pénale peut incriminer, d'une manière distincte, de façon à en faire des infractions spéciales, chacun des moyens et des procédés par lesquels on exécute une suppression d'enfant, comme elle peut aussi, après avoir prévu tous ces faits ou quelques-uns de ces faits, prévoir et punir, d'une manière générale, la suppression d'enfant, sans s'expliquer autrement sur le moyen employé pour la réaliser. Dans ce dernier système — qui est celui du Code pénal français — on se demande quelle différence sépare l'exposition, l'enlèvement d'un enfant nouveau-né, le fait d'inhumer clandestinement un enfant mort peu de temps après sa naissance, etc., du crime de suppression de part? Cette question est ordinairement résolue en ce sens que l'élément caractéristique du crime de suppression d'état consiste dans le but que l'agent avait en vue. L'enlèvement, le recel, la suppression d'un enfant, la substitution d'un enfant à un autre, la supposition d'un enfant à une femme qui n'est pas accouchée, tous ces faits, qui sont prévus par l'article 345 du Code pénal, n'existent et ne peuvent être punis que lorsque l'enlèvement, le recel, la suppression, la substitution ou la supposition d'enfant ont eu pour but de *changer son état civil*, en le privant de cet état, ou en lui donnant

[illegible] qui attribuait sa naissance [9].
[illegible] admis par la doctrine et la
[illegible] peut tirer trois conséquences pra-

[illegible] doit décider d'abord que l'article 345
[illegible] suppression d'un enfant mort-né, cet
[illegible]. Mais nous verrons que le légis-
[illegible] spéciaux, soit la non représen-
[illegible] jamais vécu, soit la non représenta-
[illegible] existence reste douteuse.

[illegible] puisque c'est l'intention de supprimer
[illegible] qui imprime aux faits de recélé, d'enlève-
[illegible] de suppression d'enfant, il faut bien,
[illegible] crime, que ce projet puisse se réaliser.
[illegible] circonstances, le résultat voulu est impossible
[illegible] par exemple, parce que l'enfant, que l'on fait dis-
[illegible] titre de filiation, les actes accomplis pour arriver
[illegible] constituent non plus une suppression d'enfant,
[illegible] crimes ou d'autres délits, par exemple une expo-
[illegible] détournement d'enfant. Dans cette manière de voir,
[illegible] de suppression de part n'est constitué que si l'acte
[illegible] a eu pour mobile et pour effet la suppression de l'état
[illegible] de l'enfant.

[9] Sic, Rauter, *Traité de droit criminel*, t. II, p. 76; Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. IV, n° 1709; Blanche, *op. cit.*, t. V, n° 255. Cette interprétation avait été suivie par la Cour de cassation dans les arrêts du 20 août 1825 (D. 25. 1. 440), du 25 mai 1837 (*B. cr.*, n° 162), du 20 septembre 1838 (D. 38. 1. 487), du 19 avril 1833 (D. 39. 1. 381); du 8 novembre 1839 (D. 40. 1. 390). Les motifs de l'article 345 du Code pénal exposés par Faure, au Corps législatif, dans la séance du 7 février 1810, constituaient un argument [illegible]

3° Il résulte enfin du caractère spécial de ce crime que, dans une accusation d'infanticide, la question de suppression d'enfant ne peut pas être posée comme résultant des débats, car le crime de suppression d'état n'est pas une *modification* du crime d'infanticide, celui-ci constituant un attentat contre la vie de l'enfant, tandis que la suppression d'enfant, placée dans une section différente du Code pénal, constitue surtout un attentat contre son état civil [11].

1936. La portée de l'article 345 avait été fixée dans un arrêt des sections réunies de la Cour de cassation du 1er août 1836 [12], comme ayant essentiellement pour but de protéger l'état civil de l'enfant. D'où la conséquence que le crime ne pouvait être commis que dans la supposition où l'enfant serait né vivant, l'enfant mort-né ne pouvant avoir d'état, de sorte que la disparition de l'enfant restait sans poursuite, lorsqu'il n'était pas établi que l'enfant avait vécu et, à plus forte raison, lorsqu'il était établi que l'enfant n'avait pas eu vie. C'est pour combler cette lacune que la loi du 13 mai 1863 a modifié l'article 345. Les motifs de la réforme ont été expliqués, en ces termes, par le rapporteur de la commissisn au Corps législatif : « La disparition d'un enfant peut bien n'avoir pour cause qu'une atteinte dirigée cotre son état civil ; mais elle est aussi, le plus souvent, l'indice d'un crime commis sur sa personne. Le projet veut lui accorder la garantie qui lui manque, et donner une arme contre la femme qui, convaincue de l'avoir mis au monde clandestinement, ne veut pas ou ne peut pas le représenter. Il propose, dans ce but, de punir l'enlèvement ou la non représentation de l'enfant, même au cas où il n'est pas établi qu'il ait vécu et même encore au cas où il n'a pas vécu. Il varie seulement la peine applicable à chacun de ces deux cas... Nous acceptons cette incrimination nouvelle, en faisant remarquer que le délit qui sera poursuivi par application des deux paragraphes additionnels, ne se rattache plus essentiellement au principe des incriminations portées dans l'article 345. En effet, si l'enfant

[11] *Sic*, Cass., 20 août 1825 (D. 25.1.440); 19 avril 1839 (D. 39.1.381). Cfr. Blanche, t. V, n° 263.

[12] D. 38. 1. 44.

n'a pas vécu, ou si seulement il n'est pas établi qu'il ait vécu il n'y a pas de suppression dans le sens légal de ce mot; car il n'y a pas d'atteinte possible à son état civil. C'est la non-représentation de l'enfant qui est la base de la poursuite et qui prend le caractère d'un délit. C'est pour mieux rendre cette pensée, que nous avons retranché le mot *supprimé* de la rédaction proposée par le projet. L'enfant dont il s'agit dans les paragraphes additionnels, sera donc bien alors tout enfant qui aura disparu, qui ne sera pas représenté, et dont la disparition ne sera pas expliquée, quel que soit d'ailleurs le motif pour lequel on l'a fait disparaître. »

1937. Les modifications apportées à l'article 345, en 1863, paraissent avoir amené une évolution dans la jurisprudence. Aujourd'hui, la question de savoir s'il faut considérer comme un des éléments essentiels et constitutifs du crime de suppression d'enfant, la circonstance que le coupable, en faisant disparaître l'enfant, a eu l'intention de les priver de son état civil, est devenue l'un des problèmes les plus discutés du droit pénal français. Trois opinions ont été soutenues sur ce point : *a*) D'après la première, le crime de suppression d'enfant né vivant existerait, sans qu'il soit nécessaire que l'accusé ait été déterminé à le commettre par l'intention de priver l'enfant de son état civil. L'ancien droit, dit-on, n'exigeait pas que le crime eût ce but tout spécial. La suppression de part, assimilée à l'infanticide, était précisément imputée aux femmes qui avaient fait clandestinement disparaître leur enfant pour cacher leur honte. Cet état de choses a-t-il été modifié dans le droit moderne? Si on a pu le soutenir, avec quelque raison, sous l'empire du Code pénal de 1810, en rapprochant les dispositions de ce Code de celles du Code de 1791, et en se basant sur l'intitulé de la rubrique sous laquelle se place l'article 345 et qui porte : « *Des crimes et des délits tendant à empêcher ou à détruire la preuve de l'état civil de l'enfant* », il est difficile, aujourd'hui, de l'admettre, en présence des modifications apportées à ce texte par la loi de 1863. En effet, dans ses alinéas 2 et 3, l'article 345 prévoit la suppression de la *personne* de l'enfant, non celle de l'état civil, car les pénalités de ce texte s'étendent même

au cas où il est établi que l'enfant n'a pas vécu et où par suite, il n'y a pas eu d'atteinte possible à son état civil. De sorte qu'en joignant aux deux délits prévus par les §§ 2 et 3 de l'article 345, comme rentrant dans le § 1er, le cas de suppression d'un enfant qui a eu vie, on trouve, désormais, dans le Code pénal, un ensemble de prévisions et de peines qui s'appliquent à toutes les situations possibles[13]. *b*) Dans une seconde opinion, l'intention de porter atteinte à l'état civil est une circonstance constitutive du crime de suppression d'enfant. La loi du 13 mai 1863 n'a pas modifié, dit-on, le § 1er de l'article 345. Sans doute, elle a ajouté, à l'ancien article, deux paragraphes qui prévoient deux délits distincts : l'un, relatif au cas où il y a doute sur le fait de l'existence de l'enfant; l'autre, réprimant la non-représentation du cadavre d'un enfant mort-né. Mais ces deux infractions ne se rattachent pas essentiellement au principe de l'incrimination portée dans le premier paragraphe de l'article 345, qui a pour but unique de protéger l'état civil d'un enfant né vivant[14]. *c*) Enfin, dans une troisième opinion, la disposition qui nous occupe punirait deux faits distincts : 1° le crime de suppression de la personne d'un enfant ayant eu vie, dont la disparition compromet l'état civil, alors que, pourtant, la suppression de cet état ne paraît pas avoir été la cause déterminante de la suppression de la personne elle-même; 2° le crime de suppression d'état d'un enfant ayant vécu, commise par l'un des moyens énoncés dans l'article 345, quand la suppression de l'état civil a été le but poursuivi par l'auteur du fait incriminé[15].

[13] V. dans le sens de cette opinion : Cass., 5 novembre 1872 (D. 75. 2. 2), et la note; Caen, 14 mars 1872 (D. 73. 1. 161); Cass., 9 avril 1874 (D. 75. 1. 8).

[14] V. dans le sens de cette opinion : Cass., 19 décembre 1863 (D. 64. 1. 144); 4 mars 1875 (D. 76. 1. 508); Caen, 27 juillet 1864, 25 avril 1870 et 19 avril 1871 (D. 73. 1. 161) et la note. Cette doctrine est celle de la majorité des auteurs. Comp. : Chauveau et Hélie, t. IV, nos 1709 et 1710; Blanche, t. V, n° 255; Hoffman, *Traité des questions préjudicielles*, t. II, nos 298 et 306; Le Sellyer, *Traité de la compétence*, t. II, nos 665 et 666.

[15] V. Cass., 4 décembre 1879 (D. 80. 1. 239, S. 81. 1. 89), et surtout 2 septembre 1880 (D. 81. 1. 48; S. 81. 1. 89).

n'a pas vécu, ou si seulement [illegible] que je me rallie. Elle il n'y a pas de suppression da[illegible] crime de suppression n'y a pas d'atteinte possible [illegible]. Et elle fait disparaître sentation de l'enfant qui [illegible]abilité du § 1er de l'article le caractère d'un délit. [illegible] incriminé aurait eu en vue que nous avons retran[illegible]ance de l'enfant que la supposée par le projet. [illegible] il serait contradictoire, en effet, additionnels, sera [illegible]ent, le recel ou la suppression qui ne sera pas [illegible] enfant mort-né ou réputé mort-expliquée. quel[illegible] puissent avoir cette grave condisparaître. [illegible] au état civil, dont l'enfant n'a, en

1937. [illegible], et de ne pas protéger un enfant paraissent [illegible] fait, parce que ce fait s'adresse à sa Aujourd'[illegible]tat civil.

un des [illegible] pour nous, le crime de suppression d'en-[illegible] § 1er de l'article 345, se compose de trois [illegible]at matériel de suppression d'enfant, réalisé [illegible] indiqués dans le texte; 2° avec une inten-[illegible] et ayant pour objet un enfant nouveau-né. [illegible]amen de chacun de ces éléments.

[illegible] d'abord un fait matériel de suppression, con-[illegible]ment dans la *dissimulation de la naissance de* [illegible]rement, ce fait n'est punissable, comme crime, [illegible] nature à *compromettre* l'état civil de l'enfant, [illegible] il a pour victime un enfant né vivant. Mais la sup-[illegible] état peut n'être qu'une conséquence virtuelle de la [illegible] de l'enfant lui-même : elle ne constitue pas le [illegible] l'accusation, dès qu'il s'agit d'un enfant, dont l'état [illegible] *compromis* sinon *supprimé*, par cela seul et par cela [illegible] que cet enfant a vécu, et qu'on ne le retrouve pas, n'a [illegible] préoccuper du *mobile* qui a déterminé l'attentat. Tel [illegible] paraît être le caractère réel du crime de suppression de [illegible] On voit en quoi il diffère de l'infanticide. Le but de l'in-[illegible] est de faire périr l'enfant : il faut que l'accusation [illegible] l'*animus necandi* chez le coupable. Le but de la sup-[illegible] de part est seulement de dissimuler la naissance de l'enfant, de le faire passer pour mort. Il suit de là que le même

fait matériel peut être incriminé sous l'une ou sous l'autre de ces deux qualifications, et qu'en cas de poursuite pour infanticide, la position d'une question subsidiaire de suppression de part peut avoir lieu comme résultant des débats[16].

1941. En ce qui concerne les procédés d'exécution du crime de suppression de part, je crois qu'il importe de distinguer quatre situations.

a) Probablement, il sera possible de découvrir de quelle manière le coupable a fait disparaître l'enfant : dans ce cas, si le moyen employé constitue un *enlèvement* ou un *recélé*, ce sera sous cette qualification spéciale que le crime devra être poursuivi. L'*enlèvement* est la suppression de l'enfant avec déplacement. On établit, par exemple, que l'enfant a été retiré de la maison où il se trouvait, de façon à ce qu'on ne puisse le retrouver. Le *recélé*, c'est l'action de cacher l'enfant enlevé par une autre personne.

Un fait d'enlèvement, de recélé d'enfant nouveau-né, peut être commis sans qu'il y ait atteinte à l'état civil de l'enfant, par exemple, dans le cas où l'enfant, que l'on fait clandestinement disparaître, a un titre de filiation. Dans notre opinion, le crime est constitué, bien qu'il n'y ait pas suppression de l'état civil dans ce cas.

b) La *suppression d'enfant,* sans détermination plus caractérisée, se produit seulement lorsqu'on ne peut découvrir par quel moyen on a fait disparaître l'enfant. A-t-il été enlevé ou recélé? c'est ce que l'on ignore; mais on établit la grossesse d'une femme, son accouchement, l'existence de l'enfant et sa non représentation. Le crime de suppression d'enfant est constitué.

L'article 345 § 1er, ne punit pas seulement le crime d'enlèvement, de recélé ou de suppression d'enfant : il prévoit aussi et punit de la réclusion la *substitution* d'un enfant à un autre et la *supposition* d'un enfant à une femme qui n'est pas accouchée[17].

[16] La question est encore douteuse en jurisprudence, faute de s'être entendu sur la véritable nature du crime de suppression d'enfant.

[17] Ces crimes sont, du reste, plutôt du domaine du roman que de celui de la vie réelle.

ici, la conséquence ordinaire du crime est bien de changer l'état civil de l'enfant, mais il s'agit moins de supprimer cet état « que de le créer par la fraude[18].

c) Il y a *substitution d'un enfant à un autre* quand un enfant est mis à la place de celui dont une femme est réellement accouchée, soit par cette femme, soit par un tiers. C'est un enfant auquel on donne la place, la qualité, et, par conséquent, les droits d'un autre enfant. Cette fraude, qui consiste dans l'introduction matérielle d'un enfant dans une famille à laquelle il est étranger, est un crime, alors même qu'elle n'implique pas une suppression d'état. Il importe, en effet, de remarquer que la substitution d'un enfant à un autre, ne modifie pas nécessairement l'état civil des enfants qui en sont victimes ou qui en bénéficient. Le crime peut, en effet, se réaliser par la substitution d'un enfant légitime à un autre enfant légitime, ou par la substitution d'un enfant naturel à un enfant légitime, et réciproquement.

1° Si un enfant légitime a été substitué à un autre enfant légitime, le crime constitue une double ou une simple suppression d'état, selon que la naissance de deux enfants ou de l'un d'eux n'est pas régulièrement constatée. Mais quand la filiation des deux enfants est régulièrement constatée par un acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil, les enfants substitués conservent, malgré leur introduction matérielle dans une famille étrangère, le titre que leur donne leur état civil. L'acte de naissance est, en effet, la preuve normale de la filiation, et, tant que le titre subsiste, il ne peut y avoir de suppression d'état. Sans doute, le crime a pour résultat de faire perdre à l'enfant la trace de son véritable état civil, en lui donnant une possession d'état autre que celle qui lui revient d'après son titre, mais son état n'a pas été supprimé par cela même. Entre les deux enfants, qui ont été substitués l'un à l'autre et, suivant l'expression vulgaire, changés en nourrice, il y aura une question d'*identité*, mais non une question d'*état* à débattre[19].

[18] Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1714.

[19] *Sic*, Haus, *op. cit.*, t. II, n° 1236; Bertauld, *Questions et exceptions préjudicielles*, n° 20.

2° On peut, comme nous l'avons dit, substituer un enfant naturel à un enfant légitime, et réciproquement. Cette substitution supprime l'état de l'enfant légitime dont l'acte de naissance n'a pas été régulièrement inscrit sur les registres de l'état civil, sans supprimer l'état de l'enfant naturel. En effet, si cet enfant n'est pas reconnu, il n'a pas d'état. S'il a été régulièrement reconnu, sa filiation sera constatée par l'acte de reconnaissance. La substitution d'un enfant naturel à un enfant légitime qui n'a pas de titre, ne produit donc, à l'égard du premier, qu'une supposition d'état.

d) La *supposition d'enfant*, c'est le fait d'attribuer à une femme un enfant dont elle n'est pas accouchée, que ce fait émane de la femme ou d'un tiers. Le résultat de ce crime est le même que celui du crime de substitution : il consiste à introduire un enfant dans une famille à laquelle il n'appartient pas. Trois situations sont, du reste, possibles : 1° La première ne présente aucune difficulté : c'est celle dans laquelle l'enfant supposé est bien réel et vivant : le crime supprime alors son état dans le cas où cet enfant n'a pas de titre, c'est-à-dire dans le cas où sa filiation n'est pas constatée par un acte de naissance ou de reconnaissance. Dans le cas contraire, la filiation usurpée ne pouvant être prouvée par la possession d'état que le crime a procurée à l'enfant, il n'y a plus qu'une question d'identité à juger. En créant à l'enfant, par la supposition d'état, une filiation qui ne lui appartient pas, on supprime, en même temps, la filiation qui lui appartient. Aussi, la suppression d'état, prise dans son sens le plus étendu, comprend la supposition d'état, et l'article 327 du Code civil est applicable. 2° Le crime de supposition d'enfant peut résulter également de la supposition à une femme, d'un enfant imaginaire. Ce fait a, dans certains cas, des conséquences fort graves; il servira de base à des actes d'usurpation et de spoliation, par exemple, à la révocation d'une donation pour survenance d'enfant. Sans doute, lorsque l'enfant est imaginaire, il ne peut y avoir atteinte à l'état civil de personne. Mais, dans notre opinion, la qualification de l'article 345 est indépendante de toute suppression d'état. En vain, dira-t-on encore, que le crime de supposition d'enfant im-

[illegible] les fois que la victime [illegible] est trop jeune encore pour veiller [illegible] la société. La limite où s'arrête [illegible] dépend, à notre avis, des circonstances [25]. [illegible] impossible à tracer dans le silence des textes. [illegible] de 1867 spécifie, dans les articles 364 et [illegible] enlever ou receler tout enfant « *au-dessous de* [illegible] » La même limite paraît adoptée par la ju[illegible] française.

[illegible] *De la suppression d'un enfant mort-né ou dont* [illegible] *incertaine.* — La loi de 1863, en ajoutant à l'ar[illegible] les paragraphes 2 et 3, a puni d'un mois à cinq ans [illegible] les coupables d'enlèvement, de recélé ou de [illegible] d'un enfant, s'il n'est pas établi que l'enfant ait [illegible] de six jours à deux mois d'emprisonnement, le [illegible] s'il est établi que l'enfant n'a pas vécu.

Les éléments du *délit* de suppression d'enfant sont les mêmes que ceux du *crime*. Nous les indiquerons donc brièvement.

1945. Le premier consiste dans le fait matériel de la suppression, ou plutôt de la non-représentation de l'enfant ou de son cadavre. Ce que la loi punit, c'est donc le fait de ne pas représenter un enfant ou de l'avoir inhumé clandestinement.

1946. Le second, dans l'intention de cacher la naissance de l'enfant, quel que soit, du reste, le mobile auquel l'agent a obéi en faisant clandestinement disparaître l'enfant ou son cadavre.

1947. Quant à l'objet du délit, il est certain que le législateur n'entend punir que la suppression d'un *enfant*, c'est-à-dire d'un être parvenu à un degré de développement suffisant pour réunir les conditions d'une viabilité possible, et non d'un *embryon*, d'un *fœtus* incomplètement organisé [26]. Mais à quel degré de développement le fœtus doit-il être parvenu pour qu'on puisse le considérer comme un « enfant », dans le sens que donnent à ce mot les paragraphes 2 et 3 de l'article 345 ? La même

[25] Comp. Cass., 4 mars 1875 (D. 76. 1. 508), et Blanche, t. V, n° 257.

[26] Ce premier point ne fait aucune difficulté : Angers, 31 mai 1880 (D. [illegible] 139).

question s'est posée à propos de l'obligation de présenter un nouveau-né à l'officier de l'état civil, et de celle d'obtenir l'autorisation d'inhumer, obligations prescrites, sous une sanction répressive, par les articles 346 et 358 du Code pénal. En ce qui concerne l'interprétation de l'article 345, la jurisprudence est divisée en deux courants. Un premier considère comme punissable la suppression d'un enfant, dès que le fruit de la femme prend la forme et l'apparence humaines et que le sexe en devient distinct [27]. On prend pour base, dans ce système, les conclusions qui seront données par le rapport médical. Un second paraît interpréter l'article 345 du Code pénal par référence à la présomption légale de l'article 312 du Code civil : « Attendu, dit un arrêt de la Cour de cassation [28], que l'article 345 § 3, doit être combiné avec l'article 312 du Code civil, aux termes duquel l'enfant n'est réputé viable qu'après un minimum de cent quatre-vingt jours ou six mois de gestation ; que l'être qui vient au monde avant ce terme, privé non seulement de la vie, mais des conditions organiques indispensables à l'existence, ne constitue qu'un produit innommé et non un enfant dans le sens que le législateur a attaché à cette expression ; que ce n'est point en vue d'un pareil être qui, suivant que sa venue au jour se rapproche davantage de l'époque de la conception peut ne pas même présenter les signes distinctifs de la forme humaine, que le décret du 3 juillet 1806 a prescrit la présentation du cadavre d'un enfant mort-né à l'officier de l'état civil ; qu'une telle présentation, sans utilité pour l'intérêt social, pourrait, dans certains cas, blesser la pudeur publique. » Mais, quelle que soit l'opinion que l'on adoptera sur cette première question, une nou-

[27] Comp. Dijon, 6 décembre 1868 (D. 69. 2. 35 ; Amiens, 20 décembre 1873 (D. 75. 5. 175). Dans l'espèce soumise à la Cour de Dijon, la gestation avait duré plus de cinq mois; dans celle déférée à la Cour d'Amiens, elle avait duré de quatre à six mois.

[28] Cass., 7 août 1874 (D. 75. 1. 5). Dans le même sens : Poitiers, 31 août 1878 (D. 79. 2. 29); Amiens, 29 janvier 1876 (D. 80. 2. 57); Dijon, 11 mai 1879 (D. 80. 2. 57); Angers, 31 mai 1880, précité; Dijon, 28 mai 1884 (*Journ. du minist. public*, t. XXVII, p. 153); Trib. civ. de Toulouse, 2 décembre 1896 (D. 97. 2. 268). Sur la question : E. Martin, *op. cit.*, p. 132.

[illegible] présente. Est-ce à l'accusation à prouver la [illegible] à la défense à prouver la non viabilité? En [illegible] l'esprit de la loi, il suffit, je crois, que le minis- [illegible] constate le double fait de la grossesse et de l'accou- [illegible] à la femme à laquelle le délit de suppression d'enfant [illegible] si la prévenue prétend que le produit de son accou- [illegible] n'est qu'un fœtus informe, c'est à elle qu'il appartien- [illegible] faire la preuve de cette allégation. La pensée qui a [illegible] ces nouvelles dispositions de l'article 345 est nettement [illegible] dans cette phrase de l'exposé des motifs de la loi de [illegible] l'enfant doit être représenté *vivant* ou *mort*. A cette [illegible] il faut une sanction pénale : elle est écrite dans l'article [illegible] Ainsi la mère, qui vient d'accoucher, doit, pour échapper [illegible] responsabilité pénale, représenter le produit de sa gros- [illegible].

En résumé, toutes les fois qu'une prévention de suppression d'enfant donnera lieu à une expertise médicale, les conditions du délit imposeront aux hommes de l'art l'obligation d'examiner : 1° les signes de l'accouchement ancien ou récent; 2° la date à laquelle il remonte; 3° à quelle époque de la grossesse il a eu lieu.

1948. Dans quel cas peut-on dire que l'enfant n'a pas vécu dans le sens du paragraphe troisième de l'article 345? Si l'enfant est *mort-né*, pas de difficulté; mais s'il a respiré, une ou deux minutes au plus, que décider? Au point de vue physiologique et médical, l'enfant a vécu dans cette hypothèse, car « respirer c'est vivre », et il est difficile de croire que la loi ait voulu modifier cette règle en « s'attachant, comme le dit un arrêt, moins aux phénomènes de l'ordre scientifique qu'à l'intention de la femme prévenue de suppression d'enfant[29] ».

1949. La complicité des actes réprimés par les trois premiers paragraphes de l'article 345 n'est punissable que lorsqu'elle est caractérisée suivant l'un des modes prévus et définis par l'article 60 du Code pénal. Particulièrement, celui qui donne la mission de commettre un crime ou un délit de suppression d'en-

[29] Chambéry, 9 juin 1874 (D. 75. 2. 87).

fant ne peut être considéré comme complice de l'auteur de cette suppression, que s'il accompagne ce mandat d'instructions précises, ou s'il provoque à commettre le crime par dons ou promesses, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables. Or, le Code pénal punit, avec raison, ceux qui ont recélé ou *fait* recéler, soit des criminels (art. 248), soit le cadavre d'une personne homicidée (art. 359), ceux qui ont exposé ou délaissé, ou *donné l'ordre* d'exposer ou de délaisser un enfant (art. 349 et 350), ceux qui ont enlevé ou *fait* enlever des mineurs. Pourquoi ne punirait-elle pas également celui qui donne l'ordre de commettre une suppression d'enfant comme celui qui exécute cet ordre [30]?

1950. Un enfant peut avoir été homicidé et supprimé : cette situation ne sera pas rare. Une mère naturelle, pour cacher sa honte, aura d'abord commis un infanticide; puis, elle aura fait disparaître le cadavre de son enfant. Il existera, en pareille hypothèse, un concours matériel d'infractions, et les règles de cette situation seront applicables. D'une part, le crime d'infanticide et celui de suppression d'enfant ayant vie, pourront être poursuivis d'une manière distincte. D'autre part, le même individu pourra être condamné pour ces deux crimes [31], sauf l'application du principe de l'absorption des peines (C. instr. cr., art. 365 § 2). Mais, lorsque le crime d'infanticide et celui de suppression d'enfant seront relevés dans les réquisitions du procureur général devant la chambre des mises en accusation, cette chambre pourra déclarer que les faits imputés au prévenu ne constituent qu'un crime unique, soit le crime d'infanticide, soit le crime de suppression d'enfant ayant eu vie, à la condition, bien entendu, de motiver son arrêt distinctement sur les deux chefs de réquisition [32].

1951. Le jury doit être interrogé sur le crime de suppression

[30] C'est ce qu'a fait le Code pénal belge de 1867 dans l'article 362, qui punit « ceux qui ont donné la mission de commettre les faits, si cette mission a été exécutée. »

[31] Cfr. Cass., 20 septembre 1838 (S. 38. 1. 909); Blanche, t. V, n° 262.

[32] Cass., 6 septembre 1883 (*B. cr.*, n° 232).

velle [illegible] en employant les termes mêmes dont se sert l'arti-
viabilité [illegible] pour le qualifier.
s'inspire [illegible] est-il coupable d'avoir, à Lyon (ici la date), *ou* enlevé *ou*
tère publ[illegible] *ou* supprimé un enfant né vivant?
[illegible] est-il coupable d'avoir, à Lyon (ici la date), substitué un
[illegible] à un autre?
[illegible] est-il coupable d'avoir, à Lyon (ici la date), supposé un
[illegible] à une femme qui n'est pas accouchée?

[illegible] sait qu'antérieurement à la loi du 13 mai 1863, l'existence
[illegible] enfant était considérée comme un *élément constitutif* du
[illegible] de suppression d'enfant. Le défaut de représentation d'un
[illegible] mort-né, ou dont l'existence n'était pas établie ne cons-
[illegible] un fait punissable. Il n'était donc pas indispensable,
[illegible] époque, d'énoncer, dans la question posée au jury, que
[illegible] né vivant, le crime de suppression d'enfant impli-
[illegible] nécessairement l'existence au moins momentanée de l'en-
[illegible] la question posée en ces termes : N... est-elle
[illegible] d'avoir, à Lyon, ..., supprimé l'enfant dont elle est
[illegible] était considérée comme irréprochable, car elle con-
[illegible] implicitement, cet élément constitutif d'enfant né vivant.
[illegible] la loi du 13 mai 1863 ait eu pour but et pour effet de
[illegible] le caractère du crime prévu par le § 1er de l'article 345,
[illegible] nous l'avons soutenu, il est bien certain que l'existence
[illegible] doit toujours être considérée comme un élément
[illegible] du crime de suppression d'enfant. Toutefois, si, avant
[illegible] de l'article 345, la suppression d'un enfant impli-
[illegible] s'agissait d'un enfant né vivant, il ne saurait en être
[illegible] depuis la loi de 1863 qui prévoit trois cas particuliers
[illegible] d'enfant, et l'on comprend, dès lors, la nécessité
[illegible] lorsque l'accusé est poursuivi à raison du crime
[illegible] § 1er de l'article 345, de mentionner expressément,
[illegible] principale, cette circonstance d'enfant né vi-
[illegible] Sans doute, le président de la cour d'assises *peut*, sans
[illegible] irrégularité, décomposer cette incrimination unique

[illegible] Cass., [illegible] 1837 (B. cr., n° 201); 26 juillet 1849 (D. 52. 5. 233);
[illegible] 1862 (B. cr., n° 236).

de suppression d'enfant né vivant, en deux questions, portant, l'une sur le fait de suppression, l'autre sur le fait de l'existence de l'enfant. Mais c'est là un procédé facultatif : la circonstance que l'enfant qui a été supprimé, était né vivant, formant un élément constitutif du crime et non une circonstance aggravante du délit de non représentation d'un enfant, il n'est pas indispensable de poser au jury une question distincte en ce qui concerne l'existence de l'enfant [34].

[34] Cette règle, incontestable selon nous, paraît avoir été méconnue dans un arrêt de la Cour de cassation du 14 mars 1873 (D. 73. 1. 161), dont voici les termes : « Attendu que le fait de la suppression d'un enfant peut, selon les circonstances, constituer un délit ou un crime : un délit, s'il n'est pas établi que l'enfant ait vécu; un crime, s'il est établi que l'enfant a vécu ; que, par suite, le jury doit être interrogé, d'abord et par une question distincte, sur le point de savoir si l'accusé est coupable d'avoir supprimé un enfant; qu'ensuite il doit être posé, comme question relative à une circonstance aggravante, celle de savoir s'il est établi que l'enfant a vécu, que la position de cette double question est le seul moyen de permettre au jury de délibérer en pleine liberté et de prononcer une décision qui exprime toujours exactement sa pensée ; que, si la réponse du jury est affirmative, tant sur le fait principal que sur la circonstance aggravante, la peine infligée au crime de suppression d'enfant, par le paragraphe premier de l'article 345, est encourue; qu'au cas de réponse affirmative sur le fait principal et négative sur la circonstance aggravante, il y a lieu de prononcer la peine réservée au délit de suppression d'enfant par le deuxième paragraphe, puisqu'il résulte expressément de la réponse négative du jury sur la circonstance aggravante, qu'il n'est pas établi que l'enfant ait vécu ; que la position d'une double question, telle qu'elle vient d'être énoncée, réserve au président des assises le droit de poser, comme résultant des débats, une question subsidiaire sur le point de savoir s'il est établi que l'enfant n'a pas vécu et qu'elle réserve également à la défense le droit de demander la position de cette question subsidiaire ». En résumé, d'après cet arrêt, le fait de suppression doit faire l'objet d'une question principale. Quant au point de savoir si l'enfant a vécu, loin d'être un élément constitutif du fait principal, il serait, au contraire, une circonstance aggravante, entraînant, en cas de réponse affirmative, la peine de la réclusion, et, en cas de réponse négative, celle de l'emprisonnement, dans les limites fixées par le § 2 de l'article 345. Enfin, le point de savoir s'il est établi que l'enfant n'a pas vécu devrait être l'objet, le cas échéant, d'une question posée comme résultant des débats. Mais la Cour de cassation a répudié cette solution dans un arrêt du 4 mars 1875 (*B. cr.*, n° 79), arrêt par lequel elle décide que l'existence de l'enfant est constitutive du crime et doit être comprise dans la question princi-

'enfant, en employant les [illegible] *d'un enfant.* — Le dernier
le 345 § 1er, pour le qualif[illegible] de la réclusion, ceux qui,
N... est-il coupable d'av[illegible] ne représentent pas aux personnes
ecélé *ou* supprimé un en[illegible]

N... est-il coupable d'[illegible] cette disposition assez obscure?
nfant à un autre?

N... est-il coupable [illegible] fait remarquer un criminaliste,
[illegible] fait par la personne qui aurait
nfant à une femme [illegible] ressembler, pût emporter la peine

On sait qu'antéri[illegible] 345 suppose-t-il, « qu'il y aura
le l'enfant était [illegible] ou que la personne, à laquelle
crime de suppre[illegible] disposé de manière à ne pou-
enfant mort-né.

[illegible] sur l'existence de l'enfant, ou s'il est
ituait pas un [illegible]
à cette époque [illegible] président peut alors poser, soit l'une, soit
l'enfant était [illegible] questions subsidiaires; mais en ayant
quant néces[illegible] les éléments constitutifs du délit.
fant [illegible]. Ainsi [illegible] : « N..., est-elle coupable d'a-
[illegible] supprimé l'enfant dont elle était accouchée
coupable [illegible] ? — « Tout au moins, ladite ac-
accouch[illegible] cette époque, en tel lieu, supprimé l'enfant
tenait, [illegible] elle était accouchée le...? L'arrêt précité
Bien qu[illegible] la doctrine de l'arrêt de 1873, comme
modifi[illegible] à décider que, dans le cas où une
[illegible] son enfant nouveau-né, lequel a vécu »,
ainsi [illegible] décomposer cette question unique de
de l'[illegible] distinctes, portant, l'une sur le fait de
com[illegible] l'autre sur le fait de l'existence de cet
la [illegible] la position des questions *dans les cas prévus*
[illegible] 345 du *Code pénal* (*Gazette du Palais*,
que [illegible] G. Le Poittevin, *Des qualifications en*
[illegible] *d'enfant* (*Journ. des Parq.*, 1891,
[illegible]

[illegible] « l'enfant, dans ce texte, d'un jeune enfant,
[illegible] Par analogie avec le cas prévu par
[illegible] qui n'a pas encore sept ans accomplis, ou
[illegible] valétudinaire, infirme de corps ou d'esprit.
[illegible] de limite fixe, mais elle n'a puni que le
[illegible] enfant. Or, c'est méconnaître ou violer la loi
[illegible] à celui qui a dépassé un certain âge. Mais
[illegible] juges du fait, à la condition de motiver
[illegible] si la victime du fait prévu par l'article

le représenter, ni donner connaissance de ce qu'il serait devenu? » Je ne le crois pas davantage ; car, avec cette interprétation, le fait, qualifié *refus de représenter un enfant,* ne serait autre chose qu'un *recélé* ou une *suppression d'enfant,* crimes prévus par le premier paragraphe de l'article 345. Le cas visé dans la seconde partie de cet article est celui où une personne, une nourrice ou un instituteur, par exemple, sans nier que l'enfant se trouve sous sa garde, refuse de le représenter, de sorte que ceux qui ont droit de le réclamer sont forcés de s'adresser aux tribunaux. C'est cette espèce de séquestration ou de détention d'un enfant contre la volonté de ceux qui ont autorité sur lui, que le législateur a puni d'un châtiment, évidemment trop sévère, la réclusion.

L'article 345 § 4 est-il destiné à servir de sanction à toutes les infractions au droit de garde que les époux, séparés de corps ou divorcés, peuvent commettre, l'un envers l'autre, au sujet de leurs propres enfants? Je ne le pense pas. Malgré la séparation de corps ou le divorce, la filiation crée des liens de droit qu'une décision de justice est impuissante à faire disparaître entre l'enfant et l'époux auquel a été retiré le droit de garde.

Cet époux, père ou mère, n'est pas un étranger. De même qu'on ne saurait le punir, en vertu de l'article 354, comme un voleur d'enfant, s'il enlève l'enfant, qui est le sien[36], de même on ne saurait le punir, pour ne l'avoir pas représenté, s'il le garde avec lui. Quelque répréhensibles que soient la résistance ou les manœuvres de l'époux pour échapper aux conséquences d'une décision de justice, ces actes ne sauraient tomber sous le coup de la loi pénale. Du reste, l'article 354, oppose aux personnes qui ont le droit de réclamer l'enfant, celles qui en sont chargées : le père et la mère, appartenant à la première catégorie de ces personnes, ne sauraient être comprises dans la seconde[37].

[36] C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour de Rennes à la date du 14 octobre 1862 (D. A., v° *Crimes et délits contre les personnes,* n° 291).

[37] Dans ce sens : Cass., 22 mars 1900 (D. 1900. 1. 184). « Attendu que l'article 345 § 4, étranger aux rapports des père et mère au sujet de la garde de leurs enfants, prévoit uniquement le détournement commis à leur préjudice, sur la personne de leur enfant, par ceux à qui cet enfant aurait été

1952. *Défaut de représent*[illegible] manière si jamais
paragraphe de l'article 345 [illegible] déchu de la puis-
étant chargés d'un enfant[35], [illegible] privé du
qui ont droit de le réclame[illegible]

A quelle situation s'ap[illegible] peut être présentée au
l serait absurde, ainsi [illegible]
l'admettre que le sim[illegible] enfant, de ne l'avoir
été chargée de l'enfa[illegible] le droit de le ré-
de la réclusion. Mai[illegible]
eu séquestration [illegible]
l'enfant aura été [illegible]

[illegible] DE NAISSANCE.

pale. S'il résulte [illegible]
établi que l'enfa[illegible]
l'autre questio[illegible] à certaines personnes de déclarer la
soin de réunir [illegible] — 1956. Des personnes qui sont tenues de
Ces questions [illegible] est impérante, si elle n'est pas
voir, à telle [illegible] par la loi. — 1957. Déclaration au
le..., et do[illegible] — 1958. Ce que doit comprendre, sous une sanc-
cusée [illegible] — 1959. Obligations de la personne
n'ayant [illegible]
du 13 [illegible]
on l'a [illegible] l'article 346 : « *Toute personne, qui,*
[illegible] *n'aura pas fait la déclaration*

[illegible] sans une extension abusive, être ap-
[illegible] qui refuse de représenter son enfant à
[illegible] et qui subsistent
[illegible] de corps ou de divorce; qu'une pareille extension
[illegible] condamnée ex-
[illegible] Conseil d'État, dans la
[illegible] Code pénal; qu'ainsi,
[illegible] Léon, dite
[illegible] pour avoir refusé de
[illegible] de la cour
[illegible] un excès de
[illegible] n° 637; Morin,
[illegible] n° 8. Voy. la note sous
[illegible] Du projet de loi, tendant à
[illegible] de corps ou de divorce, a
[illegible] le 7 juillet 1860 (Chambre, Doc. parl., n° 1830,

à elle prescrite par l'article 56 du Code civil, et dans les délais fixés par l'article 55 du même Code, sera punie d'un emprisonnement de six jours à six mois, et d'une amende de 16 francs à 100 francs. »

Le fait matériel du délit prévu par ce texte consiste dans une *omission*, qui peut être intentionnelle ou résulter d'une simple négligence. La loi n'a pas fait de distinction à ce point de vue, et elle frappe ici la faute de la même peine que le dol[1]. Il s'agit, en effet, de sanctionner une prescription réglementaire. Nous n'avons donc plus qu'à déterminer : 1° à quelle personne incombe, sous une sanction pénale, l'obligation de déclarer la naissance ; 2° où cette obligation doit être remplie ; 3° dans quel délai ; 4° ce que doit comprendre la déclaration ; 5° dans quel cas elle doit être faite.

Mais pour résoudre ces diverses questions, il importe de remarquer que l'article 346 du Code pénal forme la sanction même des articles 55 et 56 du Code civil. « Les déclarations de naissance, porte l'article 55, seront faites, dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu ; l'enfant lui sera présenté. » L'article 56 ajoute : « La naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement ; et lorsque la mère aura accouché hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée. »

Le Code civil avait omis d'assurer par une sanction pénale l'obéissance à ses prescriptions. L'expérience montra qu'on avait eu tort de compter sur la bonne volonté du public. Un intérêt

§CXVII. [1] Jurisprudence et doctrine constantes. Comp. notamment : Rennes, 30 déc. 1863 (D. J. G. supplément, v° *Actes de l'état civil*, n° 56) ; Cass., 28 févr. 1867 (D. 67.1.190). Mais l'omission n'est imputable que si elle est le résultat d'une négligence, c'est-à-dire d'une faute. A ce point de vue, on a pu décider, que le prévenu ayant dû, dans certaines circonstances, compter que la déclaration serait faite par d'autres personnes, l'omission de déclaration ne lui est pas imputable. Voy. Angers, 29 août 1842 (D. J. G., v° *Actes de l'état civil*, n. 225) ; Lyon, 2 févr. 1897 (D. 97. 2. 367). Ce dernier arrêt est particulièrement intéressant.

[illegible] les parents qui [illegible] la naissance d'un [illegible] dans un temps où [illegible] remplacer la lacune

[illegible] la naissance ? Si [illegible] toutes les per- [illegible] qu'à ces per- [illegible] et indistincte [illegible] se com- [illegible] Code civil, [illegible] nement a eu [illegible]

[illegible] domicile lorsque [illegible] de sa résidence habi- [illegible] les domiciles légaux [illegible] Code civil[2].

[illegible] l'obligation de décla- [illegible] assiste à l'accouchement. [illegible] eux sont indistinctement [illegible] n'existe que dans [illegible] Code civil. Lorsque [illegible] est présent sur les [illegible] la déclaration de nais- [illegible] les assistants sont tenus, [illegible] formalité, sans qu'il y ait à [illegible] ces personnes sont énu- [illegible] toutefois, que l'une de ces [illegible] faire la déclaration : alors les [illegible] sur elle du soin d'exécuter [illegible]

[illegible] qu'il cite.

[illegible] Toutefois, le père qui serait mo- [illegible] y rentrerait dans les heures qui [illegible] de faire la déclaration. Comp. BLAN-

[illegible] 8 novembre 1859 (S. 60. 1. 186).

b) Dans le cas où la femme est accouchée hors de son domicile, la personne chez qui la mère est accouchée et qui n'a pas fait la déclaration prescrite par l'article 56 du Code civil n'est punissable, pour cette omission, que lorsqu'elle a assisté à l'accouchement[5]. Mais si elle est présente, c'est elle qui est la première obligée, en vertu du Code civil comme en vertu du Code pénal, de faire cette déclaration. Si elle néglige de remplir cette formalité, les personnes qui auraient assisté à l'accouchement, le médecin, la sage-femme, par exemple, seraient-elles obligées, concurremment avec la personne chez laquelle la naissance a eu lieu, de faire la déclaration? La jurisprudence a varié sur cette question. Elle a d'abord considéré l'article 346 du Code pénal comme la sanction pure et simple de l'article 56 du Code civil; elle a puni, pour avoir omis de déclarer la naissance, la personne chez qui l'accouchement a eu lieu, et soustrait, au contraire, à la peine, celui qui a assisté à l'accouchement[6]. Mais cette solution était évidemment contraire au texte et à l'esprit de l'article 346 du Code pénal, qui, tout en ajoutant une sanction à l'article 56 du Code civil, a eu pour but de le compléter en punissant tous les assistants qui n'ont pas fait la déclaration. C'est dans ce dernier sens que la jurisprudence plus récente s'est prononcée[7].

1956. La déclaration de naissance est *inopérante* toutes les fois qu'elle n'est pas faite dans les *conditions* et les *délais* prescrits par l'article 55 du Code civil. Il faut donc, d'abord, qu'elle ait lieu dans les trois jours de l'accouchement[8] et que, ensuite,

[5] Cass., 12 décembre 1862 (S. 63. 1. 833). D'après cet arrêt, cette personne serait dispensée de l'obligation de déclarer la naissance, si « elle était absente de son domicile au moment de l'accouchement, ou que le père de l'enfant y eût lui-même assisté, celui-ci demeurant alors, aux termes de l'article 2, titre III de la loi du 20 septembre 1792, personnellement tenu, à moins d'empêchements légitimes, d'accomplir les prescriptions de l'article 56 du Code civil ».

[6] Comp. Cass., 7 sept. 1823 (S. 24. 1. 420) et l'arrêt précité du 12 décembre 1862.

[7] Comp. 28 février 1867 (S. 67. 1. 267). Voy. Blanche, t. V, n° 271.

[8] Le jour de l'accouchement ne compte pas conformément à la règle : *dies a quo non computatur in terminis*.

[illegible] de l'état civil de la commune où l'accou- [illegible] [illegible]. Pour se mettre à l'abri d'une peine [illegible] que la personne qui a assisté à l'accouche- [illegible] naissance de l'enfant; il faut, de plus, qu'elle [illegible] devant l'officier de l'état civil compétent [illegible] du délai fixé par la loi [10].

[illegible] qu'en cas de mort de l'enfant, l'officier de [illegible] se borner à constater que l'enfant qu'on lui a pré- [illegible] vie (D. 14 juill. 1806). L'acte qu'il rédige alors [illegible] le registre des décès. Ces règles ne modifient pas [illegible] imposées par l'article 56 du Code civil aux per- [illegible] de faire la déclaration de naissance; par suite, [illegible] 346 du Code pénal est applicable au cas où il s'agit d'un [illegible] mort-né [11].

1958. L'acte de naissance doit contenir, aux termes de l'ar- [illegible] 57 du Code civil, certaines énonciations faites par les dé- [illegible]arants et recueillies par l'officier de l'état civil qui rédige l'acte : « le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de

[9] C'est une application du principe que la compétence de l'officier de l'état civil est territoriale et non personnelle. Par conséquent, si l'on suppose qu'une femme est accouchée dans une maison de campagne appartenant à son mari, celui-ci faisant la déclaration devant l'officier de l'état civil de son domicile de la ville, tombe sous l'application de l'article 346 du Code pénal, comme s'il avait omis la déclaration.

[10] On sait que lorsque la naissance n'a pas été déclarée dans les trois jours, l'acte ne peut plus être dressé qu'en vertu d'un jugement (Avis du Conseil d'Etat, 12 brum. an XI. Comp. L. 19 juillet 1871, art. 2, al. final).

[11] Cass., 2 sept. 1843 (S. 43. 1. 801); 2 août 1844 (S. 44. 1. 670 ; 27 juillet 1872 (S. 72. 1. 397). Ce dernier arrêt est ainsi conçu : « Attendu que la mort de l'enfant au moment de la naissance ne dispense pas les personnes présentes, ou celles chez lesquelles l'accouchement aurait eu lieu, de l'obligation de déclarer l'accouchement, conformément à la loi; que les dispositions des articles précités, qui ont pour base les plus graves considérations d'ordre public, ont pour but principal d'assurer la constatation de l'accouchement et de pourvoir ainsi à la sûreté de l'enfant et à la conservation de son état civil, s'il y a lieu; que ces considérations s'appliquent également à la venue d'un enfant privé de vie; que si le décret de 1806 prescrit l'inscription de la déclaration au registre des décès, c'est par une simple mesure d'ordre qui ne modifie en rien les obligations résultant des articles 55 et 56 du Code civil et 346 du Code pénal. »

l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés, les prénoms, noms, professions et domiciles des père et mère et ceux des témoins. » L'énonciation relative aux noms des père et mère a donné lieu, au point de vue civil, à quelques difficultés, quand la naissance est illégitime. L'opinion qui paraît prévaloir aujourd'hui, c'est que les comparants ne sont pas obligés d'indiquer le *nom de la mère;* mais que, s'ils l'indiquent, l'officier de l'état civil doit inscrire cette mention dans l'acte. La solution civile donnée à cette question n'a d'ailleurs aucune influence sur la question pénale, car l'accoucheur, qui a assisté à l'accouchement, n'encourt aucune peine, s'il omet de déclarer le nom de la mère. Cette règle, consacrée par une jurisprudence constante [12], se

[12] Cass., 16 septembre 1843 (S. 43. 1. 915); 1er juin 1844 (S. 44. 2. 326, à la note, et D. 44. 1. 670); 1er août 1845 (S. 45. 1. 840). — La Cour de cassation de Belgique (Arrêt du 14 nov. 1853, *Belgique judiciaire*, 1854, p. 24), décidait, au contraire, que celui qui avait été témoin d'un accouchement était tenu, sous les peines édictées par l'article 346 du Code pénal, de déclarer non seulement la naissance de l'enfant, mais aussi les noms des père et mère, ou, au moins, le nom de la mère, si l'enfant est illégitime; et que le médecin-accoucheur ne pouvait se prévaloir de l'article 378, relatif à l'obligation du secret professionnel, pour taire ce nom. Le Code pénal belge de 1867 a consacré cette jurisprudence dans son article 361. « Sans doute, dit M. Haus dans l'exposé des motifs (*Législ. crim. de la Belgique*, t. III, p. 15), le système adopté par le projet rencontre des objections sérieuses, lorsqu'il s'agit de la naissance d'un enfant illégitime. Dans ce cas, dit-on, deux intérêts sont en présence : d'une part, l'intérêt de l'enfant; d'un autre côté, l'intérêt de la mère. Le premier est incertain; l'omission de la déclaration du nom de la mère peut nuire à l'enfant; mais ce préjudice est éventuel; en tout cas il ne peut être mis en balance avec le préjudice actuel et certain que la déclaration porte à la mère et à sa famille. La mère est déshonorée; le repos et le bonheur de la famille sont détruits..... Malgré ces considérations, nous n'avons pas hésité à donner la préférence au système consacré par la jurisprudence belge. En effet, si la loi exemptait de toute peine les hommes de l'art qui, ayant assisté à la naissance d'un enfant illégitime, auraient omis le nom de la mère, toute fille enceinte, même perdue de mœurs, prendrait un accoucheur à qui elle recommanderait de taire le nom de la mère. Ensuite, les motifs de cette exemption s'appliquent non seulement aux hommes de l'art, mais à tous ceux qui ont été présents à l'accouchement en qualité de confidents, et qui, à ce titre, devraient jouir de la même faveur. La conséquence en serait que la naissance de tous les enfants illégitimes serait déclarée d'une manière incomplète, et que la loi favoriserait

il par la loi de 1898. — **1961.** Deux faits sont prévus : celui de se débarrasser un enfant ou d'un incapable qui vous est confié ; celui de l'exposer ou de délaisser. — **1962.** Délit de ceux qui portent à l'hospice un enfant au dessus de l'âge de sept ans qui leur était confié. — **1963.** De l'exposition ou du laissement. La réunion de deux éléments n'est plus nécessaire. — **1964.** rconstance d'où dépend la gravité du danger couru par l'enfant ou l'incable. Lieu solitaire. Lieu non solitaire. — **1965.** Exposition ou délaissement ns un lieu solitaire. Éléments matériels du délit. — **1966.** Éléments moraux. — 67. Complicité. Dérogation au droit commun. Complicité par mandat. — 68. Exposition ou délaissement en un lieu non solitaire. — **1969.** Des tours. xposition qui a lieu dans ces tours est-elle punissable ? — **1970.** Causes ggravation du délit. — **1971.** Circonstance aggravante tirée de la qua- de l'agent qui expose ou délaisse. — **1972.** Suites de l'exposition ou délaissement. — **1973.** Suites de l'exposition ou du délaissement dans un a solitaire. — **1974.** Suites de l'exposition ou du délaissement dans un lieu a solitaire. — **1975.** Combinaison des deux séries de circonstances aggrates. — **1976.** Questions au jury.

960. La législation pénale doit-elle prévoir et réprimer le d'abandonner les personnes qui, à raison de leur *âge*, de *infirmités* ou de leurs *maladies*, ne peuvent se suffire à -mêmes ? Deux concepts différents se partagent les législa- modernes. Tantôt on restreint le délit à l'*exposition* et à l'*a-'on d'enfant*. Tantôt on considère comme punissable le fait ndonner, dans un lieu privé de secours, *pour se soustraire charge et au devoir de les soigner et de les garder, toutes ersonnes qui ne sont pas en situation de se suffire*, telles es enfants, les fous, les estropiés, les vieillards infirmes, ndividus atteints d'une maladie grave[2]. Des considérations

uer le nombre (*Rev. Fœlix*, t. IV, p. 820) ; Léon Lallemand, *Histoire nfants abandonnés et délaissés* (Paris, 1885) ; Behlet, *Commentaire que et pratique de la loi du 19 avril 1898, sur la répression des vio-, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis contre les enfants*, ; Dubois, *Petit traité juridique sur les enfants martyrs*, 1898 ; Leloir, *sur la loi du 19 avril 1898, relative à la protection de l'enfance*, 1899 ; r, *Commentaire de la loi du 19 avril 1898 sur la répression des voies t, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants*, 1899 ; Go-r, *Les lois protectrices de l'enfance*, 1895.

e droit allemand a subi une évolution complète à ce point de vue. La ne (§ CXXXII) ne punissait que l'exposition d'enfant commise par les et mère. Le droit moderne punit tous ceux qui exposent ou abandon- dans un lieu privé de secours, une personne qui, à raison de son âge, infirmités ou de maladies, ne peut se suffire à elle-même (C. p. alle-

fonde sur ce que l'article 346 du Code pénal ne se réfère qu'à l'article 56 du Code civil, et que ce dernier texte n'impose aux personnes dénommées qu'une obligation formelle, celle de déclarer le fait de la naissance de l'enfant à laquelle elles ont assisté; mais que cet article n'exige pas que l'on déclare les noms des père et mère de l'enfant.

1959. L'article 347 punit des peines portées en l'article précédent (six jours à six mois de prison, seize francs à trois cents francs d'amende) « *toute personne, qui, ayant trouvé un enfant nouveau-né, ne l'aura pas remis à l'officier de l'état civil, ainsi qu'il est prescrit par l'article 58 du Code civil* ». Cette disposition ne dit pas dans quel délai l'enfant trouvé doit être remis à l'officier de l'état civil, et l'article 58 du Code civil, auquel elle renvoie, ne l'indique pas non plus. Il y a là une lacune, que l'article 362 du Code pénal belge a comblée, en fixant ce délai à trois jours.

L'article 347 n'est pas applicable « à celui qui aurait consenti à se charger de l'enfant et qui aurait fait sa déclaration à cet égard, devant la municipalité du lieu où l'enfant a été trouvé. »

§ CXVIII. — DE L'ABANDON ET DE L'EXPOSITION D'ENFANT[1].

(C. p., art. 348 à 353, modifiés par la loi du 19 avril 1898, art. 2).

1960. Abandon des personnes. Étendue de l'incrimination. Double système. Le système restreint du Code pénal de 1810 remplacé par un système plus géné-

elle-même la dissolution des mœurs ». Cette disposition n'a, du reste, été admise dans le Code pénal belge qu'après de longues discussions et après le rejet de deux amendements, dont l'un proposait de considérer comme régulière la déclaration (faite par toute autre personne que le père) qui ne contient pas le nom de la mère, si elle est accouchée hors du domicile et a imposé le secret aux témoins, tandis que l'autre n'admettait cette exception que pour les médecins, chirurgiens, officiers de santé, accoucheurs ou sages-femmes, et dans les mêmes circonstances. V. *Législation criminelle de la Belgique*, t. III, p. 134.

§ CXVIII. [1] Bibliographie : Auzoux, *De l'abandon d'enfant* (*Rev. crit.*, t. I, 1851, p. 134); Amb. Vente, *De l'abandon d'enfant* (*Rev. prat.*, t. XLIV, p. 256); Arondeau, *Des enfants trouvés et abandonnés, et des moyens d'en*

ral par la loi de 1898. — 1961. Deux faits sont prévus : celui de se débarrasser d'un enfant ou d'un incapable qui vous est confié ; celui de l'exposer ou de le délaisser. — **1962.** Délit de ceux qui portent à l'hospice un enfant au dessous de l'âge de sept ans qui leur était confié. — **1963.** De l'exposition ou du délaissement. La réunion de deux éléments n'est plus nécessaire. — **1964.** Circonstance d'où dépend la gravité du danger couru par l'enfant ou l'incapable. Lieu solitaire. Lieu non solitaire. — **1965.** Exposition ou délaissement dans un lieu solitaire. Éléments matériels du délit. — **1966.** Éléments moraux. — **1967.** Complicité. Dérogation au droit commun. Complicité par mandat. — **1968.** Exposition ou délaissement en un lieu non solitaire. — **1969.** Des tours. L'exposition qui a lieu dans ces tours est-elle punissable ? — **1970.** Causes d'aggravation du délit. — **1971.** Circonstance aggravante tirée de la qualité de l'agent qui expose ou délaisse. — **1972.** Suites de l'exposition ou du délaissement. — **1973.** Suites de l'exposition ou du délaissement dans un lieu solitaire. — **1974.** Suites de l'exposition ou du délaissement dans un lieu non solitaire. — **1975.** Combinaison des deux séries de circonstances aggravantes. — **1976.** Questions au jury.

1960. La législation pénale doit-elle prévoir et réprimer le fait d'abandonner les personnes qui, à raison de leur *âge*, de leurs *infirmités* ou de leurs *maladies*, ne peuvent se suffire à elles-mêmes ? Deux concepts différents se partagent les législations modernes. Tantôt on restreint le délit à l'*exposition* et à l'*abandon d'enfant*. Tantôt on considère comme punissable le fait d'abandonner, dans un lieu privé de secours, *pour se soustraire à la charge et au devoir de les soigner et de les garder*, *toutes les personnes qui ne sont pas en situation de se suffire*, telles que les enfants, les fous, les estropiés, les vieillards infirmes, les individus atteints d'une maladie grave [2]. Des considérations

diminuer le nombre (*Rev. Fœlix*, t. IV, p. 820); Léon Lallemand, *Histoire des enfants abandonnés et délaissés* (Paris, 1885); Berlet, *Commentaire théorique et pratique de la loi du 19 avril 1898, sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis contre les enfants*, 1899 ; Dubois, *Petit traité juridique sur les enfants martyrs*, 1898 ; Leloir, *Étude sur la loi du 19 avril 1898, relative à la protection de l'enfance*, 1899; Rollet, *Commentaire de la loi du 19 avril 1898 sur la répression des voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants*, 1899 ; Goguillot, *Les lois protectrices de l'enfance*, 1895.

[2] Le droit allemand a subi une évolution complète à ce point de vue. La Caroline (§ CXXXII) ne punissait que l'exposition d'enfant commise par les père et mère. Le droit moderne punit tous ceux qui exposent ou abandonnent, dans un lieu privé de secours, une personne qui, à raison de son âge, de ses infirmités ou de maladies, ne peut se suffire à elle-même (C. p. alle-

[illegible] porte le Code pénal français à ne pas dépasser [illegible] à circonscrire le délit à l'exposition et à l'a- [illegible] Il est d'abord certain qu'on ne délaisse pas [illegible] adultes aussi facilement que l'on expose les en- [illegible] est bien rare et, par cela même, peu dangereux. [illegible] ne cause pas le même préjudice. Presque toujours, [illegible] délaissé peut faire connaître les personnes aux soins [illegible] il est remis. Enfin, si le lieu, le temps, les circons- [illegible] du délaissement d'un adulte révélaient, avec certitude, [illegible] des coupables de faire périr la victime, ou même [illegible] de lui nuire, il y aurait, suivant les cas, meurtre, [illegible] de meurtre, ou blessures volontaires, de sorte que [illegible] incriminations générales paraissent suffire pour protéger les adultes contre un abandon criminel. Mais la loi du 19 avril 1898, qui a refondu les articles 349 à 353, a étendu la protection sociale à tout individu incapable de se protéger lui-même à raison de son état physique ou mental. Le droit français a donc évolué dans le sens où s'aiguillent de plus en plus les législations modernes : la protection de tout individu hors d'état de se protéger lui-même, et une loi, née d'un sentiment de pitié pour l'enfance

mand, § 221). Le Code pénal italien, sous le titre d'*abandono di fanciulli o di altre persone incapaci di provedere a se stesse od in pericolo*, prévoit le même fait dans les articles 386 à 389. Le concept fondamental de ce délit, c'est que l'abandon doit avoir lieu non avec l'intention de nuire, situation à laquelle est applicable le titre d'homicide ou de lésion personnelle, mais dans le but de se soustraire au fardeau et au devoir de soigner ou de garder la personne ainsi abandonnée. Le Code pénal hongrois punit de trois ans de reclusion quiconque expose ou abandonne sans secours une personne à laquelle il est obligé de donner des soins, ou qui est placée sous sa surveillance, et qui, par suite de son âge ou de son état, ne peut se secourir elle-même (§ 287).

[illegible] Le même système a été conservé par le Code pénal belge de 1867; *Législ. crim. de la Belg.*, t. III, p. 11. Il se retrouve dans le Code pénal autrichien (§§ 149 et 150); le Code pénal portugais (art. 345). L'abandon d'enfant fait l'objet, en Espagne, d'une loi spéciale, dont les dispositions principales ont trouvé place dans le projet de Code pénal de 1881-1885 (art. 543 et suiv.). Sont punis d'emprisonnement les père et mère qui, pour se débarrasser d'enfants encore incapables de se suffire à eux-mêmes, les abandonnent complètement.

abandonnée, s'est transformée et agrandie, dans le sens d'une extension à tout infirme, d'une disposition tout d'abord conçue en faveur de l'enfant[4].

1961. Deux faits sont prévus par le Code pénal français dans ce groupe d'infractions : le fait qui consiste à se débarrasser d'un enfant remis aux soins du coupable (C. p., art. 348); celui qui consiste à exposer ou à délaisser un enfant ou un incapable (C. p., art. 349 à 353).

1962. L'article 348, qui n'a pas été modifié, punit d'un emprisonnement de six semaines à six mois, et d'une amende de seize francs à cinquante francs, ceux qui portent à un hospice un enfant au-dessous de l'âge de sept ans accomplis, qui leur a été confié afin qu'ils en prennent soin ou pour toute autre cause.

Le délit n'existe qu'à trois conditions : 1° Il faut que l'enfant qui en est victime ait été *confié* à celui qui s'en rend coupable[5]. L'article 348 ne comprend, dans ses prévisions, ni le père ni la mère, car, en portant leur enfant à l'hospice, ils n'y déposent pas un enfant qui leur est confié[6] : 2° Il faut que, par une sorte d'abus de confiance, le coupable ait porté l'enfant à l'hospice[7]; 3° Mais la disposition cesse d'être applicable aux personnes auxquelles l'enfant est confié, si ces personnes n'étaient pas tenues

[4] Voy. pour le texte et les travaux préparatoires : S. *Lois annotées*, 1898, p. 577 à 585. Voy. ce que nous disons de cette loi, *suprà*, t. IV, nos 1732 et suiv.

[5] Ces mots de l'article 348 : *afin qu'ils en prissent soin ou pour toute autre cause*, sont inutiles et surabondants. Ils ont été supprimés de l'article 366 correspondant du Code pénal belge.

[6] *Sic*, Cass., 16 décembre 1843 (S. 44. 1. 327); 7 juin 1834 (S. 35. 1. 80). Comp. Blanche, t. V, n° 277.

[7] On verra plus loin qu'en cas d'exposition et de délaissement d'enfant dans un lieu solitaire, celui qui donne simplement l'ordre de commettre le délit est punissable. Mais il a fallu, à cet égard, une disposition expresse dans les articles 349 et 350; et, dans le silence de la loi, nous croyons que celui qui aurait donné l'ordre ou le mandat de faire le dépôt à l'hospice ne serait puni qu'autant qu'il aurait donné des instructions ou provoqué à commettre le délit dans les conditions de l'article 60 du Code pénal. Comp. Grenoble, 5 mai 1838 (D. J. G., v° *Crimes et délits*, n° 267-1°). Le Code pénal belge punit, dans l'article 366, « ceux qui auront porté ou *fait porter* à un hospice un enfant au-dessous de l'âge de sept ans accomplis qui leur était confié. »

aujourd'hui séparément et distinctement l'exposition et le délaissement[11]. Il importe donc, plus encore que dans le passé, de définir ce que la loi a entendu par ces deux expressions et quels actes elle vise.

a) *Délaisser* un enfant, c'est, d'après l'interprétation qui avait prévalu avant la loi du 19 avril 1898, l'abandonner sans s'être assuré qu'il a été recueilli, ou sans avoir la certitude qu'il sera recueilli[12]. La loi de 1898 n'a pas entendu s'écarter de cette inter-

[11] Art. 349. Ceux qui auront exposé *ou* fait exposer, délaissé *ou* fait délaisser, en un lieu solitaire, un enfant ou un incapable hors d'état de se protéger eux-mêmes. — Art. 352. Ceux qui auront exposé *ou* fait exposer, délaissé *ou* fait délaisser en un lieu non solitaire, etc... Voy. sur ce point : Rapport de M. de Folleville à la Chambre (S. *Lois annotées*, 1898, p. 580 et 581); Rapport de M. Bérenger au Sénat (S. *id.*, 1898, p. 581). « Votre commission, disait M. de Folleville dans son rapport à la Chambre, a cru devoir modifier la formule même des art. 349 et 352, C. p. : « *exposé et délaissé* », de manière à définir plus nettement les caractères de l'abandon d'enfant, dont il importe d'assurer la répression efficace. Dans le système consacré par le Code pénal de 1810, le délit d'abandon exige le concours de deux circonstances, l'*exposition* et le *délaissement*. Pour donner lieu à l'application de la peine, il faut la réunion de ces *deux* faits... Il a paru utile à votre commission, en s'inspirant des règles posées par la plupart des lois étrangères, d'étendre l'application de la loi par un texte plus large et plus compréhensif, et d'assurer la protection de l'enfant au double point de vue de la conservation de ses droits dans la famille et de sa sécurité matérielle dans la société, en réprimant séparément, l'*exposition*, prise en elle-même et non suivie de délaissement, le *délaissement*, même non précédé d'exposition. »

[12] Cass., 19 juill. 1838 (S. 38. 1. 750) : « Attendu que le fait du délaissement, ajouté comme aggravation au fait de l'exposition, comporte l'idée de l'abandon, c'est-à-dire de la cessation de toute surveillance sur l'enfant exposé, et par conséquent l'impossibilité de le secourir dans les dangers qui peuvent être la suite de l'exposition. » Le délaissement, d'après l'arrêt de la Cour de cass., du 22 nov. 1838 (S. 39. 1. 543), c'est la « cessation ou interruption des soins et de la surveillance dont l'enfant peut avoir besoin. » Il y a délaissement, d'après l'arrêt de cass., du 16 déc. 1843 (S. 44. 1. 32) : « lorsqu'il y a eu interruption de soins donnés à l'enfant. » Le délaissement, dit la Cour de Besançon, dans un arrêt du 8 févr. 1879 (S. 79. 2. 55), implique que « l'enfant a été laissé sans secours, et privé des soins et de la surveillance qu'exige son jeune âge. » Dans notre ancien droit, on entendait, par *exposition de part*, « le crime des pères et mères qui, après l'ac-

ou ne s'[illegible] certains points, les
riture e[illegible] reproduit purement et
(C. p.[illegible] et délaissement », [illegible]
Le C[illegible] mots leur ancienne si-
un ho[illegible] à la Chambre, M. de
la [illegible] le délaissement, à
con[illegible] jurisprudence.
pa[illegible] ser dans un lieu autre que
d[illegible] qui sont obligées de le soi-
d[illegible] de le placer dans un endroit
[illegible] une. C'est cette définition, que
[illegible] à l'exposé des motifs du Code
[illegible] le rapporteur de la loi du
[illegible] de « très précise et de très
[illegible] « l'exposition est l'acte qui consiste
[illegible] lieu autre que celui où il doit être,
[illegible] affranchir de la garde de cet enfant. »
[illegible] l'*exposition* prise en elle-même et
[illegible] le *délaissement*, même non précédé
[illegible] française punit le fait de priver de *toute*
[illegible] *surveillance* l'enfant ou l'incapable, et le
[illegible] l'assistance ou de la surveillance des *person-*
[illegible] *également la charge*[14]. Telle est désormais la

[illegible] leurs enfants, ou dans les rues, ou sur les grands
[illegible] les lieux désertés, soit afin de cacher la honte de leur
[illegible] nés par des moyens déshonnêtes, soit parce qu'ils
[illegible] de la misère, à cause de leur pauvreté ». MUYART
[illegible] des lois criminelles, p. 181.

[illegible] ne paraît pas s'être préoccupée, avant la loi du 19
[illegible] de donner une définition du mot « **exposition** », parce que son
[illegible] était particulièrement appelée sur le délaissement sans lequel
[illegible] n'existait pas. Ch. note 12.

[illegible] la loi de 1688, s'il était certain que l'enfant exposé recevrait les
[illegible] nécessaires, il n'y avait pas délit d'abandon, parce qu'il n'y avait pas
[illegible] C'est ce qui avait été jugé : 1° pour le cas où une mère a dé-
[illegible] enfant dans le tour d'un hospice. Voy. Cass., 7 juin 1834, et 30
[illegible], Jp. t. 90 et 602); 2° pour le cas où une mère a déposé son
[illegible] une forge, en présence de cinq ouvriers et sous leurs yeux. Voy.
[illegible] 1838, précité; 3° pour le cas où une mère a remis son enfant

notion plus compréhensive du délit d'abandon d'enfant ou d'incapable.

Nous en concluons que le fait de remettre un enfant à un passant, à un voisin, et de disparaître pour ne plus revenir, constitue, aujourd'hui, l'élément matériel du délit d'abandon d'enfant, car s'il n'y a pas exposition dans ce cas, il y a délaissement [15].

Le système de la loi de 1898 est certainement plus prévoyant et plus rationnel, que celui du Code pénal. Il sanctionne, en effet, les deux obligations qui s'imposent à tous parents : celle de garder et de surveiller leurs enfants et celle de ne pas les abandonner.

1964. La gravité du délit d'exposition et de délaissement dépend du danger que ces circonstances ont pu faire courir à l'enfant ou à l'incapable. Le Code pénal apprécie le degré de ce danger seulement d'après le *lieu* de l'exposition et du délaissement, et punit de peines différentes l'exposition de l'enfant, suivant qu'elle est accomplie dans un *lieu non solitaire* ou dans un *lieu solitaire*. Cette distinction, qui domine ses dispositions, est, sans doute puisée dans la plus importante de toutes les circonstances dont dépend le résultat du délit. Mais le *temps* de l'exposition, l'*âge* de l'enfant sont encore des éléments qui aggravent ou atténuent le danger. Le juge tiendra certainement compte de ces circonstances, dans l'appréciation de la culpabilité individuelle, mais il ne faut pas blâmer le législateur français d'en avoir fait abstraction. Le système d'individualisation judiciaire du châtiment est bien préférable au système d'individualisation légale.

1965. L'article 349 punit d'un emprisonnement de un an à

à des personnes étrangères : Cass., 10 mai 1876 (S. 76. 2. 296); Poitiers, 2 déc. 1876 (S. 77. 2. 196); Besançon, 5 févr. 1879 (S. 79. 2. 55); 4° pour le cas où celui qui en avait reçu la garde, abandonnait l'enfant sur la voie publique : Trib. corr. Seine, 17 févr. 1894 (D. 94. 2. 152) Ces faits seront désormais atteints par la loi. Comp. Rapport de M. de Folleville (S. *Lois annotées*, 1898, p. 580, 3e col.).

[15] Voy. cependant : Trib. de Saint-Quentin, 28 juin 1898 (P. 99. 2. 21), conforme à la jurisprudence antérieure : Cass., 10 mai 1876 (S. 76. 2. 296).

prétation. D'une part, [illegible] à mille francs[16], « ceux éléments ou délit d'[illegible] ou fait délaisser, *en* simplement les [illegible] capable hors d'état de se ce qui impliqu[illegible] état physique ou mental. » gnification. I[illegible] au nombre de trois. Folleville, [illegible] *exposition* ou *délaissement*. rappeler [illegible] Code pénal français, la réunion

b) *F*[illegible] nécessaire, le nouvel article 349 celui [illegible] prise en elle-même, et non suivie de gn[illegible] délaissement, même non précédé d'exposition. a[illegible] que l'exposition et le délaissement aient [illegible] *lieu solitaire*. « Il était impossible, a dit [illegible] sérieusement, dans la discussion du Code pénal [illegible] donnât une explication précise à cet égard; [illegible] aux juges; car le lieu le plus fréquenté peut [illegible] solitaire, et le lieu le plus solitaire être très [illegible] dépend des circonstances. » Il n'est, en effet, [illegible] possible que la loi entre dans de plus grands [illegible] déclare, comme l'aurait désiré un criminaliste, [illegible] délaissement fait de nuit sera présumé être [illegible] lieu solitaire. »

[illegible] d'après l'ancien art. 349, était seulement d'un emprisonnement [illegible] et d'une amende de seize francs à deux cents francs. [illegible] XXX, n° 183. Certains Codes étrangers ont essayé de préci[illegible] entendre par lieu solitaire. Ainsi, le Code autrichien (§ 134) [illegible] enfant est exposé dans un lieu éloigné, ordinairement peu [illegible] avec des circonstances telles qu'il ne peut être, avec [illegible] découvert et sauvé. » Dans son rapport à la Chambre [illegible], M. de Folleville s'est livré aux considérations suivantes : [illegible] *solitaire* dépend souvent des faits pratiques; il [illegible] tout, au contraire, en pareil cas, est relatif et varia[illegible] selon la saison, selon les circonstances, en un [illegible] exemple, une place, même publique, dans un [illegible] pourrait parfaitement être jugée constituer un lieu *solitaire* [illegible] pendant une fête, un marché, elle serait certaine[illegible] lieu non solitaire. Il faut admettre une marge fort [illegible] discrétionnaire du juge, d'après la jurisprudence la [illegible]

[illegible], *Essais*, p. 133. Mais il est bien certain qu'en règle géné-

III. La troisième condition du délit, la plus essentielle, est puisée dans *l'incapacité de la victime de se protéger elle-même*. A cet égard, deux innovations caractérisent l'œuvre de la loi de 1898.

D'une part, l'ancien texte de l'article 349 du Code pénal ne s'occupait que de l'abandon d'enfant, et, d'autre part, il exigeait que la victime fût « un enfant au-dessous de l'âge de sept ans accomplis. »

La commission de la Chambre des députés avait maintenu cette limite précise de sept ans, qui excluait tout arbitraire dans l'appréciation du fait d'abandon. Mais cette limite a été supprimée par la commission du Sénat. On lit, à ce sujet, dans le rapport de M. Bérenger : « Nous croyons devoir, suivant en cela l'exemple déjà donné par plusieurs législations étrangères, remplacer les mots : « enfant au-dessous de sept ans accomplis », par ceux : « enfant hors d'état de se protéger lui-même ». Ce n'est pas l'âge, en effet, qui rend l'acte à la fois criminel et dangereux, c'est l'impossibilité où se trouve la victime de s'y soustraire, et c'est là bien plutôt une question de développement physique et intellectuel qu'il convient de laisser, à raison de la diversité évidente des cas, à l'appréciation des juges. C'est la voie plus logique dans laquelle sont déjà entrées la Suède, l'Allemagne, l'Espagne, l'Autriche et la Hongrie. L'Italie et l'Angleterre, restées fidèles à la condition d'âge, ont porté la limitation légale, la première à douze ans, et la seconde à quatorze ans pour les garçons et seize ans pour les filles. » La portée de cette innovation consiste donc à permettre aux tribunaux de condamner, pour exposition ou délaissement, dans tous les cas où l'enfant abandonné se trouve réellement *en fait*, et non en vertu d'une simple présomption d'âge, hors d'état de se protéger lui-même[19].

rale toute exposition faite la nuit doit être réputée faite en un lieu solitaire. Comp. Hélie, *Pratique criminelle*, t. II, n° 643. Voy. note précédente.

[19] Cette réforme a été vivement critiquée au Sénat par M. Monservin. Voy. S. *Lois annotées*, 1898, p. 581, note 18. Il faut remarquer, du reste, qu'elle était la conséquence naturelle de l'extension de l'incrimination à l'abandon de tout individu incapable de se protéger lui-même.

trois ans, et d'une amende de se[illegible] d'enfant. Il a paru qui auront exposé ou fait exp[illegible] de la loi, à l'exemple de *un lieu solitaire*, un enfant [illegible] à l'*incapable*, idiot, infirme, protéger eux-mêmes, à rais[illegible] protéger lui-même que l'en-

Les éléments matériels [illegible]

I. Le premier, c'est [illegible] du délit consiste dans Tandis que, dans le sy[illegible] qu'exigent l'entretien ou la des deux circonstanc[illegible] Si l'exposition ou le délais- réprime : 1° l'expo[illegible] de faire disparaître l'enfant, délaissement; 2° l[illegible] dans le dessein de l'homi-

II. Le second, [illegible] le fait constitue un meurtre été effectués [illegible] infanticide, ainsi que nous le l'orateur du [illegible] de 1810 [illegible] l'exposition d'enfant est sou- elle s'en [illegible] pas les articles 59 et 60 du quelquefo[illegible] que tous ceux qui ont provoqué à réquent [illegible] promesses, abus d'autorité ou [illegible] des instructions pour le com- [illegible] peine que les auteurs de l'exposi- [illegible] Ce sont là, en effet, des actes de compli- [illegible] commun. Était-il donc utile de déclarer [illegible] expresse de l'ancien article 349, [illegible] l'ordre de l'exposer ainsi (l'enfant), si [illegible] pourrait croire que celui qui donne [illegible] provoque à ce délit par un abus d'au- [illegible] par cette provocation, complice [illegible] de sorte qu'il n'eût pas été nécessaire de [illegible] mention expresse d'un acte rentrant, [illegible] dans les termes généraux du droit commun

[illegible] des circonstances de la [illegible] comme se rattachant [illegible] présentée au jury, [illegible] : Cass., 31 août 1855 [illegible] Cette solution peut s'expliquer si l'on considère qu'un [illegible] suivant l'intention du coupable, [illegible] d'infanticide.

[illegible] 30 juin 1869 (2 cr., n° 180).

de la complicité. Mais ce serait une erreur de croire que *l'ordre*, dont parlaient les articles 349 et 350 du Code pénal, constitue par lui un abus d'autorité ou de pouvoir. Par cette expression la loi n'entendait pas seulement une injonction impérative (*jus*) d'un supérieur à un subordonné, par exemple d'un maître à son domestique ; elle entendait également par là ce que les criminalistes appellent un *mandat*, c'est-à-dire une proposition ou une invitation faite et acceptée de commettre un délit déterminé. Si l'ordre ou le mandat a été exécuté, c'est-à-dire si le fait matériel, auquel se rattache l'acte de complicité, a été accompli, celui qui a donné l'ordre ou la commission est punissable, quand bien même il n'y aurait aucun abus d'autorité ou de pouvoir, quand bien même le mandat n'aurait été accompagné d'aucun don ou d'aucune promesse. Supposons, par exemple, qu'une femme, récemment accouchée, charge une de ses amies d'exposer et de délaisser son enfant dans un lieu solitaire : croit-on, si le fait a été exécuté, qu'elle puisse prétendre, pour se soustraire à toute responsabilité pénale, qu'elle n'a pu donner d'ordre, puisqu'il s'agissait de rapports d'égale à égale et non de supérieure à inférieure ? Un pareil système serait insoutenable. Aussi, en remplaçant les expressions de l'article 349 du Code pénal : « Ceux qui auront donné l'ordre de l'exposer ainsi, si cet ordre a été exécuté, seront... », par celles-ci « exposé ou *fait exposer*, délaissé ou *fait délaisser* », on n'a pas voulu modifier la législation antérieure. M. de Folleville, rapporteur de la loi de 1898 à la Chambre, s'en est formellement expliqué : « Une exception aux principes généraux de la complicité est à signaler dans cette matière. La provocation est punissable, même lorsqu'elle s'est traduite par une simple invitation à abandonner l'enfant, sans même être accompagnée de dons, promesses, menaces, abus d'autorité, machinations ou artifices coupables, exigée par l'article 60 pour constituer la complicité légale en droit commun. C'était là déjà, le régime spécial consacré par la disposition de l'article 349 ancien qui punissait, à titre distinct, ceux qui avaient donné l'ordre d'abandonner dans un lieu solitaire un enfant, si cet ordre avait été exécuté. Il y a lieu d'étendre la même règle au cas d'un abandon dans un lieu non so-

décret du 19 janvier 1811 n'admet, dans les hospices, que les *orphelins* et les *enfants trouvés* ou *abandonnés*, c'est-à-dire ceux qui y sont apportés par des personnes étrangères qui ont recueilli des enfants dont ils ne connaissent pas ou dont ils ne peuvent pas retrouver les parents[26]. D'où il suit que si l'exposant ne s'était pas assuré, en déposant l'enfant, qu'il a été immédiatement recueilli par les préposés, il commettait, quels que fussent sa qualité et son titre, le délit d'exposition et de délaissement d'enfant. Sans doute, les tours étant disposés matériellement, de manière que le simple poids de l'enfant mette en mouvement une sonnette qui correspond à l'intérieur pour avertir les préposés, on a pu soutenir que le déposant n'abandonne jamais

[26] Comp. Cass., 30 octobre 1812 (S. coll. nouv., 4. 1. 210) et BLANCHE, t. V, n° 297. — On sait que le décret du 19 janvier 1811 décidait, dans son article 3, l'ouverture, dans chaque hospice destiné à recevoir des enfants trouvés, de tours dont la création sur le territoire français ne peut être signalée avant cette époque qu'à titre d'exception. Tous les départements n'en ouvrirent pas, et, à partir de 1813, une réaction se produisit contre la mesure prescrite par l'autorité impériale, en opposition avec les usages de presque toutes les provinces. On peut dire que, depuis cette époque, la fermeture des tours a eu lieu presque sans interruption, et, en 1860, les inspecteurs généraux de l'assistance publique résumaient ainsi la situation : « Si les vingt-cinq tours subsistant avaient tous été *libres*, nous n'aurions pas à nous en occuper. Le mot *libre* indique assez qu'avec un tel système l'apport de l'enfant et sa remise au tour est la seule formalité, disons mieux, le seul acte qui précède l'abandon. Mais en regard des douze tours exempts de toute surveillance, on en comptait treize soumis à certaines conditions et à une surveillance équivalant à une suppression réelle... ». Depuis 1860, les quelques tours existants ont été fermés. On a beaucoup écrit, depuis quelques années, pour et contre les tours. En réalité, il n'y a que deux arguments invoqués en faveur de leur rétablissement. 1° Ce mode de réception est nécessaire pour assurer et sauvegarder le secret des familles. 2° La suppression des tours augmente les infanticides et les avortements. A d'autres époques, alors que le nombre des naissances illégitimes se trouvait moins élevé qu'actuellement, que ces naissances soulevaient plus de réprobations, il a pu être utile d'adopter ce mode de réception. Les temps sont changés et la plus grande condamnation du tour est sa disparition graduelle de presque tous les pays qui l'avaient anciennement établi. En France, en 1878, sept conseils généraux seulement se sont, à l'unanimité, sans réticence, déclarés en faveur de la proposition Bérenger (réouverture des tours et restitution aux hospices des enfants recueillis ou secourus).

l'enfant ; mais si, comme nous l'avons admis avec la jurisprudence, il y a délaissement lorsqu'il y a abandon et cessation par ce fait, quelque momentanément que ce soit, des soins et de la surveillance qui sont dus à l'enfant, il faut bien reconnaître que le fait *d'abandonner* un enfant dans le tour d'un hospice constitue un délit quand l'exposant ne s'est pas assuré que l'enfant à été recueilli. Aujourd'hui, la question ne saurait être douteuse. Quel que soit le mode employé par celui qui a la charge de l'enfant pour se soustraire aux obligations de garde ou surveillance qui lui incombe, le fait constituera toujours soit une exposition, soit un délaissement.

1970. Deux causes d'aggravation du délit d'exposition et de délaissement d'enfant sont prévues par le Code pénal : l'une est motivée par la *qualité* de l'agent ; l'autre, par les *conséquences* du fait incriminé.

1971. Les articles 350 et 353 du Code de 1810 n'aggravaient la peine du délit qu'à l'égard des *tuteurs*, ou *tutrices*, *instituteurs* ou *institutrices* de l'enfant exposé ou délaissé. Dans le cas d'exposition et de délaissement en un lieu solitaire, la peine était de deux à cinq ans d'emprisonnement et de cinquante à quatre cents francs d'amende. Dans le cas d'exposition et de délaissement en un lieu non solitaire, elle était de six mois à deux ans d'emprisonnement et de vingt-cinq francs à deux cents francs d'amende. Cette aggravation était motivée, en ces termes, par l'orateur du Corps législatif : « Le projet de loi soumet à un châtiment plus sévère les tuteurs et les tutrices, les instituteurs et les institutrices. Plus la loi les environne de pouvoirs et de droits sur l'être impuissant et faible qu'elle leur confie, plus elle doit punir en eux un délaissement qui réunit un *abus de confiance* à la culpabilité qu'ils partagent avec ceux qui ne sont pas liés par des obligations particulières[27]. » Sans qu'il y ait lieu d'attacher une grande importance à cette phraséologie juridique, il résulte, tout au moins, de ces observations, que, dans la pensée des rédacteurs du Code pénal, la loi avait voulu punir pl[illegible]ent ceux qui ajoutent à l'exposition et au dé-

laissement une sorte d'abus de confiance envers l'enfant. Cette circonstance mérite effectivement aux coupables une aggravation de peine. Mais elle n'est pas la seule; et, sans essayer de faire une énumération forcément incomplète, il nous paraissait préférable, dans la première édition de cet ouvrage, d'exprimer, dans une formule générale, que la peine était aggravée à l'égard de ceux à qui l'enfant a été confié, soit par la loi même ou en vertu de la loi, tels que les tuteurs et les tutrices, soit par les personnes sous la puissance, la direction, la surveillance desquelles l'enfant a été placé, tels que les instituteurs et les institutrices, les domestiques, les nourrices, etc.[28].

La loi de 1898 a donné satisfaction à ce vœu. D'après le texte modifié de l'article 350 : « La peine portée au précédent article sera de deux ans à cinq ans et l'amende de cinquante à deux mille francs contre les ascendants ou toutes autres personnes ayant autorité sur l'enfant ou l'incapable, ou en ayant la garde. »

a) D'une manière générale, doivent être compris dans la catégorie des personne dont la qualité constitue une circonstance aggravante, tous ceux qui, *en fait* ou *en droit*, ont la charge de l'enfant ou de l'incapable et la disposition de sa personne en vertu de la garde ou de la surveillance dont ils se trouvent investis. « C'est ainsi qu'il conviendra d'atteindre, dans les ménages irréguliers, l'un et l'autre des deux concubins : ils se sont, en effet, attribué, sur l'enfant, qu'ils élèvent comme le leur, l'autorité appartenant en droit aux seuls parents légitimes ou aux père et mère qui ont reconnu leur enfant naturel ; la situation est la même, que l'auteur ou l'instigateur de l'abandon soit ou non étranger à cet enfant au point de vue des liens du sang. L'enfant se trouve trop souvent en butte, quand il est issu d'une autre femme, à la haine de la nouvelle maîtresse, dont l'influence pernicieuse, exercée sur l'amant, fait parfois oublier au père les sentiments d'affection qu'il devrait avoir pour son enfant, au point de le déterminer à un délaissement coupable[29]. »

[28] Le Code pénal belge a corrigé dans ce sens la rédaction trop étroite du Code pénal français. V. articles 355 et 359.

[29] Rapport de M. de Folleville de Prémorel à la Chambre.

b) Mais la qualité de gardien ou de surveillant qui aggrave l'abandon doit préexister à la perpétration de l'abandon. Si elle était seulement acquise au cours d'un des épisodes du délit cette circonstance serait indifférente au point de vue de l'aggravation de peine. Ainsi le cocher de fiacre qui trouve dans sa voiture un enfant abandonné, ou l'agent d'une compagnie de chemins de fer qui le découvre dans un wagon et l'abandonne, ne peut être considéré comme ayant la garde de l'enfant.

c) L'individu qui accepte la mission d'abandonner l'enfant, sur l'ordre des parents qui le lui remettent à cet effet, ne doit pas tomber sous le coup de l'aggravation de peine qui l'aurait atteint, si, ayant reçu antérieurement la garde de l'enfant, il l'avait delaissé à leur insu. Les père et mère, auxquels il prête ainsi son concours, demeurent seuls passibles des peines plus sévères des articles 350 et 353. De ces deux solutions, qui ont été affirmées par le rapporteur de la loi à la Chambre, la première n'est que l'application du droit commun, puisque les circonstances qui aggravent la situation personnelle du complice ne se communiquent pas à l'auteur du délit; mais la seconde constitue une dérogation à l'article 59 du Code pénal, puisque dans ce cas, les père et mère ne peuvent être considérés que comme des *complices* de celui qui a exécuté, sur leur ordre le fait matériel de l'abandon. Or, le complice n'est pas puni de la peine qu'il encourrait s'il était lui-même auteur du délit, mais de la peine prononcée par la loi contre le crime ou le délit commis par l'auteur principal[30]. Du reste, la combinaison des articles 349 et 352 avec l'article 350 rend certaine cette dérogation aux règles générales de la complicité. En effet, les articles 349 et 352 considèrent comme les auteurs du délit aussi bien ceux qui exposent ou délaissent que ceux qui font exposer ou delaisser.

1972. Le délit est aggravé par les résultats dommageables de l'exposition ou du delaissement. Mais depuis la loi de 1898 il y a lieu de distinguer suivant que le fait a été ou non commis dans un lieu solitaire.

[30] Voy. t. II, p. 693.

1973. La première situation engage la responsabilité de l'agent qui pouvait prévoir, en abandonnant l'enfant ou l'incapable, les suites funestes de son action. C'est un cas de concours du dol et de la faute.

a) « S'il est résulté de l'exposition ou du délaissement (en un lieu solitaire) une maladie ou une incapacité de plus de vingt jours, le maximum de la peine sera appliqué » (C. p., art. 351 § 1 modifié). C'est une disposition nouvelle, puisque l'ancien article 351 n'attachait d'aggravation de peine qu'aux blessures exceptionnellement graves qui rendaient l'enfant estropié ou mutilé, sans s'être préoccupé des maladies sérieuses et même des autres infirmités permanentes qui peuvent être le résultat de l'abandon. Il résulte des travaux préparatoires que le maximum édicté est celui de l'article 350, c'est-à-dire qu'il consiste en cinq années de prison et 2.000 francs d'amende[31].

b) « Si l'enfant ou l'incapable est demeuré mutilé ou estropié, ou s'il est resté atteint d'une infirmité permanente, les coupables subiront la peine de la réclusion » (C. p., art. 351 § 2 modifié).

c) « Lorsque l'exposition ou le délaissement aura occasionné la mort, l'action sera considérée comme meurtre. » (C. p., art. 351 § 4 modifié).

Dans le système du Code pénal de 1810, si, par suite de l'exposition ou du délaissement, l'enfant était demeuré mutilé ou estropié, l'action était considérée comme blessures volontaires faites à l'enfant par la personne qui l'avait abandonné; et si la mort s'en était suivie, l'action était considérée comme meurtre. Les motifs de cette règle avaient été donnés, en ces termes, par le conseiller d'État Faure : « Si l'enfant déposé dans un lieu solitaire a été mutilé ou estropié, ou si la mort est résultée de l'exposition, le coupable est puni, comme s'il l'avait lui-même mutilé ou estropié, ou comme s'il avait lui-même donné la mort, car il ne pouvait se dissimuler que la privation absolue où il laisserait l'enfant de toute espèce de secours, l'exposerait à cet événement, et il ne tenait qu'à lui de l'en préserver. Dès qu'il ne l'a pas fait, la loi déclare qu'il en est la cause volontaire, et le sou-

[31] Voy. S. 98, *Lois annotées*, p. 583, note 25.

2° Mais lorsque l'abandon a été suivi d'une maladie ou incapacité de plus de vingt jours, d'une mutilation ou d'une infirmité permanente, la loi de 1898 ne dit plus, comme le disait le Code pénal, que le fait sera considéré comme blessures volontaires : elle se contente de le punir de la même peine. Il suffit, en effet, de comparer les articles 307 et 351 du Code pénal pour se convaincre de l'identité de répression entre l'abandon d'enfant ou d'incapable dans un lieu solitaire, suivi de maladie, mutilation, infirmité, et les blessures volontaires. Or, les blessures volontaires sont des blessures *intentionnelles*. Le motif que nous avons déjà donné justifie également la peine qui frappe l'exposition et le délaissement dans un lieu solitaire, quand l'enfant, par suite de ce fait, est demeuré mutilé ou estropié. En effet, si le mal occasionné par ce fait était imputable à l'intention directe et positive de l'agent de causer la mutilation ou la blessure qui a eu lieu, la qualification de coups et blessures volontaires serait préférable à celle d'exposition et de délaissement d'enfant. Mais le Code pénal punit *comme s'il était* l'auteur volontaire de la mutilation, ce ui qui expose et délaisse un enfant dans un lieu solitaire, alors que, par suite de ce fait, l'enfant a été estropié ou mutilé. Elle considère, ici, que le *dolus eventualis* doit être assimilé complètement au dol direct.

1974. Les conséquences du délit n'étaient incriminées par le Code pénal que dans le cas où l'enfant avait été exposé ou délaissé dans un lieu *solitaire*. Si le délit avait été commis dans un lieu *non solitaire*, l'agent n'était pas spécialement déclaré responsable du résultat de son action. Le lieu même choisi pour le délaissement, établissant, en règle générale du moins, non seulement que l'auteur n'avait pas *voulu* la mutilation ou la mort de l'enfant, mais encore qu'il n'avait pas *prévu* l'événement fâcheux qui en avait été le résultat. On ne pouvait donc lui reprocher qu'un *défaut de prévoyance*, et puisque la conséquence dommageable n'était pas la suite naturelle du fait qu'il avait commis, on voyait, dans la circonstance, le concours de deux infractions, l'une intentionnelle, l'autre non intentionnelle. Dans ce concours du dol et de la faute, du délit d'exposition ou de délaissement d'enfant, et du délit d'homicide ou de blessures involontaires, une

peine, le fait prévu par l'article 309 § 4 (blessures faites volontairement, sans intention de donner la mort, mais qui l'ont occasionnée), et qui frappe le fait prévu par l'article 353 § 2, d'une peine d'emprisonnement dont le minimum, un an, est inférieur au minimum de deux ans porté par l'article 309.

1975. La loi de 1898, pour proportionner la peine à la gravité de l'abandon d'enfant ou d'incapable, a prévu le concours des deux circonstances aggravantes, celle qui est tirée de la *qualité du coupable*, celle qui est tirée des *suites de l'abandon*.

En cas d'abandon dans un lieu non solitaire, si les coupables ont la qualité d'ascendants ou de personnes ayant autorité sur l'enfant ou l'incapable, la peine sera, soit celle de la réclusion, soit celle des travaux forcés à perpétuité, suivant qu'il sera résulté de l'exposition ou du délaissement, ou bien une infirmité permanente, ou bien la mort (C. p., art. 353 § 3 modifié).

En cas d'abandon dans un lieu solitaire, la peine sera celle de la réclusion, s'il en est résulté une maladie ou une incapacité de plus de vingt jours, des travaux forcés à temps, s'il en est résulté une infirmité permanente (C. p., art. 351 § 3 modifié).

1976. L'exposition ou le délaissement d'enfant constitue un *délit* qui ne sera soumis à la cour d'assises que dans deux cas exceptionnels : 1° lorsque, sur une accusation d'infanticide ou de complicité d'infanticide, il sera compris dans une question subsidiaire posée au jury comme résultant des débats ; 2° lorsque, par suite des conséquences fatales qui ont suivi l'abandon, le fait deviendra criminel. Dans ce cas, il y a lieu de poser une question spéciale et distincte, soit sur le résultat de l'exposition ou du délaissement, soit sur la qualité du coupable, car ces deux éléments d'un fait principal ont le caractère certain de circonstances aggravantes. Mais la qualification « solitaire » du lieu où l'exposition a été faite est-elle une circonstance aggravante devant être l'objet d'une question spéciale, ou bien, au contraire, un élément constitutif, pouvant figurer dans la question relative au fait principal? La jurisprudence paraît s'atta-

considéré ces deux espèces de crimes comme semblables ; et même on a appliqué à tous les deux les dispositions des ordonnances qui n'étaient rendues que pour l'un ou l'autre de ces crimes[1]. »

Le rapt de séduction était l'enlèvement commis sans violence, mais contre le gré et à l'insu des parents, d'une fille ou d'un fils mineurs, soit pour l'entraîner dans la débauche, soit pour [illegible] mariage [illegible]. Il différait, par conséquent, du rapt de violence à quatre points de vue[2] : 1° en ce qu'il [illegible] sans qu'il y eût enlèvement d'un lieu à [illegible] se commettait qu'envers des filles [illegible] que le rapt de violence pouvait se [illegible] envers des filles ou veuves majeures ; [illegible] sous la foi d'une promesse de mariage et, [illegible] pouvait, comme le rapt de violence, avoir [illegible] femmes mariées ; 4° enfin en ce qu'il se pra[illegible] de la personne séduite et seulement [illegible] de ses parents. Aussi l'appelait-on *raptus in pa*[illegible] la personne enlevée, étant sous la puissance [illegible] curateur, c'est, en réalité, contre [illegible] commis. On le désignait aussi [illegible] parce qu'il était principale[illegible] du royaume[3].

1978 [illegible] le Code pénal de 1791 [illegible] Il n'avait maintenu que la première : il [illegible] âgée de moins de quatorze [illegible] enlèvement ayant pour but d'abuser [illegible] de la prostituer.

[illegible] 1810, dont les dispositions n'ont pas été [illegible] traditions de notre ancienne législation [illegible] de la distinction faite entre les deux espè[illegible] une certaine modération à

[illegible] entre le rapt de violence et le [illegible] 53, C., *de episcopis et clericis*; [illegible] N. [illegible] *de muliere raptum*.

[illegible] *Les lois criminelles*, p. 231.

[illegible] *loc. cit.* Ord. de B[illegible] art. 42.

la rigueur de peine dont ces crimes étaient anciennement frappés. Il ne punit d'abord que l'enlèvement de *mineurs*. Le terrain de cette prévention spéciale se trouve donc limité en un double sens. L'enlèvement d'une *personne majeure* peut prendre le caractère d'une arrestation ou séquestration illégale, mais non d'un rapt proprement dit. Et, s'il a pour objet un *enfant*[8], ce fait tombe sous l'application de l'article 345 du Code pénal.

La loi moderne distingue, comme le faisait l'ancienne jurisprudence, entre l'enlèvement par fraude ou violence, et l'enlèvement à l'aide de séduction. Si le fait a été commis par fraude ou violence, le ravisseur est puni de la réclusion ou des travaux forcés à temps, suivant que la victime était majeure ou mineure de seize ans (C. p., art. 354 et 355). Le rapt de séduction n'est punissable que lorsque la personne enlevée est une fille au-dessous de seize ans. Dans ce cas, le ravisseur est puni des travaux forcés à temps, s'il est majeur de vingt et un ans, et d'un emprisonnement correctionnel, s'il n'a pas encore atteint cet âge (C. p., art. 356)[9].

1979. Telles sont en résumé les dispositions de la loi française. Il résulte déjà de cet exposé général que le Code pénal n'a pas gradué, d'une manière équitable, son système de pénalité en matière d'enlèvement. D'une part, le ravisseur, âgé de plus de vingt et un ans, encourt la même peine (celle des travaux forcés à temps), soit qu'il ait enlevé une fille au-dessous

[8] La loi, comme nous l'avons déjà dit, n'a pas déterminé jusqu'à quel âge se prolonge cette situation d'*enfant* dont parle l'article 345. On est à peu près d'accord pour admettre que l'enlèvement d'un mineur, âgé de plus de sept ans, rentre dans les termes des articles 354 et 356.

[9] Le Code pénal italien prévoit quatre hypothèses de rapt, à savoir : 1° le rapt d'une femme majeure ou émancipée, avec emploi de la violence, de la menace ou de la ruse (art. 340); 2° le rapt d'une fille mineure commis par les mêmes moyens, mais dans un but de lubricité ou de mariage (*per fine di lidibine o di matrimonio*), ou d'une femme mariée à fin de lubricité (art. 341); 3° le rapt d'une fille mineure qui est consentante (art. 341 § 1); 4° le rapt d'un enfant au-dessous de douze ans (art. 341, dernier alinéa). Contrairement au système des Codes toscan et sarde, l'action, en matière de rapt, est subordonnée à une plainte qui n'est même recevable que dans l'année qui suit la perpétration du délit.

de seize ans par fraude ou violence, soit que cette fille ait consenti à son enlèvement ou suivi volontairement le ravisseur. Or, la fraude et la violence sont des moyens plus criminels que la seule séduction. D'autre part, le mineur de vingt et un ans. qui séduit et enlève une fille mineure de seize ans, est puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans. Que la loi tienne compte, pour atténuer la faute, de l'âge du ravisseur, rien de plus juste; mais ce qui ne l'est pas, c'est de punir, en pareille circonstance, le majeur de vingt et un ans des travaux forcés à temps. Quelle proportion y a-t-il, en effet, entre ces deux peines, alors que le fait incriminé est le même ?

1980. *Du rapt par fraude ou violence.* — L'article 354 punit de la réclusion quiconque a, par fraude ou violence, enlevé ou fait enlever des mineurs, ou les a entraînés, détournés, déplacés, ou les a fait entraîner, détourner ou déplacer des lieux où ils étaient mis par ceux à l'autorité ou à la direction desquels ils étaient soumis ou confiés.

Cette disposition a non seulement pour objet de protéger la liberté personnelle du mineur de vingt et un ans, de le défendre contre la fraude ou la violence, mais elle a surtout pour but de sanctionner l'*autorité de la famille*. C'est pourquoi l'enlèvement n'est incriminé que dans le cas où le mineur a été retiré des lieux où il avait été mis par ceux à l'autorité ou à la direction desquels il était soumis ou confié.

1981. Les éléments du crime sont au nombre de quatre : 1° le fait matériel d'enlèvement ou de détournement; 2° l'emploi, pour le consommer, de la fraude ou de la violence; 3° la minorité de la victime; 4° l'intention criminelle de l'agent.

1982. La première condition du crime est le fait de l'enlèvement qui s'opère par la translation du mineur de l'asile où il était placé dans un autre lieu, à l'effet de le détourner de sa position, fait qui se compose de deux circonstances distinctes : le *déplacement* du mineur du lieu où il avait été mis par ceux à l'autorité ou à la direction desquels il était soumis ou confié, et sa *translation* dans un autre lieu.

a) La loi prévoit le fait d'*enlever*, d'*entraîner*, de *détourner* ou de *déplacer* un mineur. Ce luxe de synonymes est inutile.

Enlever une personne, c'est, en effet, l'entraîner, la déplacer, la détourner du lieu où elle se trouvait, au moment de l'enlèvement. Ces répétitions, qui ne se rencontraient pas dans le Code pénal de 1791, ont eu pour but de comprendre, dans l'incrimination, toutes les formes possibles d'enlèvement, quel que soit le procédé par lequel ce fait se réalise.

b) La loi exige que des mineurs aient été enlevés des *lieux* où ils étaient mis par ceux à l'autorité ou à la direction desquels ils étaient soumis ou confiés. 1° Il résulte de ces termes, si on les prend à la lettre, que l'enlèvement cesse d'être criminel lorsque le mineur a été détourné, soit de la *maison paternelle* elle-même, soit des lieux où il se trouvait *accidentellement* sous la surveillance de ses parents ou des personnes auxquelles ils l'avaient confié. Mais cette interprétation, évidemment contraire à l'intention du législateur, l'est également au texte du Code pénal de 1791, source de l'article 354, qui prévoyait l'enlèvement *hors de la maison des personnes sous la puissance desquelles était la mineure, ou de la maison dans laquelle lesdites personnes l'avaient placée*[10]. 2° Il nous semble, néanmoins, bien difficile de faire rentrer dans les conditions de l'incrimination, l'enlèvement d'un mineur qui, au moment du fait, ne se trouvait pas dans les lieux où il avait été placé par son père ou par son tuteur. Cette interprétation restrictive résulterait également des termes du Code pénal de 1791 qui prévoyait l'enlèvement *hors de la maison* des personnes sous la puissance desquelles était la mineure ou de la *maison* dans laquelle lesdites personnes l'avaient placée[11]. 3° Le crime est commis, alors même que le mineur

[10] Cassation, 25 avr. 1839 (*B. cr.*, n° 137). Cfr. Blanche, t. V, n° 307.

[11] On s'est demandé, par exemple, si le crime est constitué par le fait d'enlever ou de détourner le mineur d'un lieu autre que celui où la victime se trouve mise par les personnes désignées en l'article 354, et, par exemple, de la voie publique? Il n'est pas douteux, pour nous, que la loi ait entendu protéger le mineur contre un enlèvement, même lorsqu'il se trouve momentanément sorti de la maison de ceux sous la garde desquels il est placé. Comp. Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1742. Mais il a été jugé, avec raison, que l'enlèvement ne résulte pas du fait de celui qui, rencontrant une jeune fille sur la place publique, où elle attend son père, l'entraîne dans une maison de tolérance pour en abuser, et, sur son refus, la laisse libre

... placé, non par l'auto-
... justice[12].

... eur avait autorité sur
... nel, à la condition que
... qui opère le déplace-

... Montpellier, 10 fevr. 1846 D. 47
... une fille mineure sur l...
... abuser (Bastia, 5 juill. 1856
... point de vue, une lacune dans les
... admettons volontiers, mais le
... on, à un fait qu'il n'a cer-

... 14 déc. 1860 (S. 61. 1. 480). Une
... 354 peut être appliqué dans
... jugement de divorce ou de sépa-
... à la garde de l'autre époux?
... ayant, à raison du lien du sang,
... une contravention aux
... peut prononcer des condam-
... ne serait pas rendu à celui des
... s'a été la sanction. A plus forte
... instance en séparation
... l'autorité pater-
... 14 oct. 1842 (S. 42. 2.
... faite au Conseil
... 1868 LOCRÉ, *La législ. civ.*,
... A propos de l'art. 281
... sur l'état
... s'en emparer; et cepen-
... serait puni comme ravis-
... de la section n'a pas
... circonstance qu'ils se
... 7 juillet 1900 propose
... : « Quand il aura
... de justice, provisoire ou
... de séparation de corps ou
... les lois des 24 juillet 1889
... tera pas ce mineur à ceux
... sans fraude ou sans violence,
... détourner des mains de

1983. Le crime dont il s'agit doit avoir été exécuté par *fraude* ou *violence*, et, bien que la rédaction embarrassée de l'article 354 ne rattache cette condition qu'au seul fait d'*enlèvement*, il est cependant évident qu'elle s'applique à tous les faits prévus par cette disposition, puisque les expressions dont s'est servie la loi sont synonymes[14]. D'ailleurs, l'exposé des motifs ne laisse aucun doute à cet égard : « Après avoir entouré l'enfant de mesures tutélaires et conservatrices, dit ce document, le projet de loi accorde aux mineurs une protection spéciale : il prévoit leur *enlèvement du lieu où ils auraient été placés par les personnes à l'autorité ou à la direction desquelles ils étaient confiés.* »

Ainsi, les moyens employés pour exécuter le crime et qui le caractérisent, sont ramenés par le Code pénal à la *violence* et à la *fraude*. Par *violence*, il faut entendre d'abord la *contrainte physique*, qui comprend tous les procédés matériels employés pour déplacer le mineur, malgré sa résistance. Les *menaces*, qui constituent la *contrainte morale*, sont une des formes de la violence privée; nous ne doutons pas que leur emploi ne doive être assimilé à celui de la violence physique elle-même, si ces menaces sont de nature à peser sur la volonté du mineur avec une force à laquelle il n'a pu résister[15]. La *fraude*, c'est la ruse, le *dolus malus* des Romains, que Labéon définit : *omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*[16].

ceux auxquels sa garde aura été confiée ou des lieux où ces derniers l'auront placé, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 26 à 5,000 fr. Si le coupable a été déclaré déchu de la puissance paternelle, l'emprisonnement pourra être élevé jusqu'à trois ans. »

[14] Cfr. CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, n° 1744.

[15] L'orateur du gouvernement déclarait que le projet de loi punissait de la réclusion : « quiconque aura détourné, entraîné ou déplacé des mineurs par violence ou par fraude, et par conséquent à l'aide de *menaces*, de philtres, de liqueurs enivrantes, ou de tous autres moyens qui les auraient privés de l'usage de leur liberté ». Comme l'ont fait observer CHAUVEAU et HÉLIE (*op. cit.*, t. IV, n° 1744), « ces moyens extraordinaires ne constituent pas seulement une fraude ils supposent une véritable contrainte. » La plupart des législations étrangères prévoient les menaces, à côté de la violence et de la ruse, parmi les procédés incriminés.

[16] Loi 1, § 2, D., *de dolo malo.*

Mais il importe de remarquer que la fraude, dont il est question dans l'article 354, suppose quelque chose de plus que la simple soustraction, incriminée par l'article 356, lorsqu'elle est pratiquée à l'égard d'une fille au-dessous de seize ans. Il faut, en effet, relever et constater, à la charge de l'inculpé, des *manœuvres frauduleuses* tendant à *surprendre le consentement de la victime* ou *des personnes qui ont autorité sur elle.* On aura écrit, par exemple, de fausses lettres[17], fait des promesses fallacieuses; on se sera servi du nom et de l'autorité de la famille du mineur pour le déplacer; on aura même corrompu ceux auxquels il était confié[18]. L'emploi de ces moyens frauduleux, étant exclusif d'un consentement libre donné à l'enlèvement, doit être assimilé, dans le système du Code pénal, à l'emploi de la violence.

1984. A l'inverse de ce qui a lieu dans le rapt de séduction, l'article 354 concerne l'enlèvement de tout mineur de vingt et un ans, quel que soit son sexe ou son âge[19]. On a cependant soutenu qu'il ne s'appliquait pas aux *personnes mariées* ou *émancipées*, par ce motif que l'état de minorité légale a un terme nécessaire dans le mariage ou l'émancipation[20]. Mais il nous paraît évident que si le mineur de vingt et un ans recouvre, par l'un de ces événements, une partie de sa capacité civile, il a encore plus besoin, précisément à cause de l'indépendance relative dont il jouit, de la protection de la loi que celui qui est toujours placé sous l'autorité ou la surveillance de ses parents ou de son tuteur. Du reste, c'est vouloir distinguer, là où le texte ne distingue pas. L'article 354 punit l'enlèvement par fraude ou violence de tout mineur de vingt et un ans[21].

[17] *Sic*, Cass., 24 mars 1838 (*B. cr.*, n° 174).

[18] Cfr. BLANCHE, t. V, n° 302.

[19] Il faut en conclure, au point de vue de la procédure, qu'il importe peu que la question soumise au jury indique le sexe ou l'âge du mineur. Cass., 30 mars 1850 (*B. cr.*, n° 119 ; 16 janvier 1852 (*B. cr.*, n° 20).

[20] Cette opinion est soutenue, notamment, par CHAUVEAU et HÉLIE, *op. cit.*, t. IV, n° 1745.

[21] On s'est demandé, subsidiairement, si le rapt d'une femme mariée, mineure, pouvait être poursuivi en l'absence de la dénonciation du mari? Bien qu'un arrêt de la Cour de cassation du 1er juillet 1831 (S. 31. 1. 431) ait

1985. Le rapt, comme toute autre infraction, suppose une *intention criminelle*, qui consiste exclusivement dans le dessein de soustraire le mineur à l'autorité de ses parents [22]. A ce point de vue, le crime a changé de caractère. Nous avons déjà dit que, dans l'ancien droit et dans le droit romain, le rapt de violence était prévu et puni comme un moyen d'exécuter un viol. Le Code pénal de 1791 suivait les mêmes traditions; il ne punissait ce fait que lorsqu'il avait eu pour but d'abuser de la victime. La loi moderne suit un système différent. Lorsque l'intention de soustraire le mineur à l'autorité légitime existe, il est inutile d'examiner dans quel but l'enlèvement a été effectué. Le plus souvent, le but du ravisseur est criminel; c'est pour satisfaire sa lubricité, ou par un motif intéressé qu'il agit [23]. Cependant on peut enlever un mineur dans le but de le sauver de la corruption dont il est menacé; de le soustraire à de mauvais traitements ou à de pernicieux conseils; de le faire élever dans une religion qui n'est pas celle de ses parents, etc. Mais le but que l'on se propose, quelque louable qu'il soit, ne saurait effacer la criminalité de l'action. Le principal objectif de la loi est la protection de la famille et le maintien de l'autorité paternelle. Il en résulte que l'enlèvement par fraude ou violence est punissable, quel que soit le but ou le mobile dans lequel il a été opéré. En d'autres termes, le droit commun d'après lequel l'élément moral d'un délit est exclusivement puisé par la loi dans l'intention directe du délinquant s'applique à l'enlèvement de mineur.

1986. Mais le crime est évidemment plus grave, lorsque le ravisseur a enlevé, par violence ou par fraude, une fille mineure dans le but d'en abuser, de la prostituer ou même de l'épouser, de forcer les parents à consentir au mariage. La criminalité du but devrait être, par conséquent, une cause d'ag-

jugé la négative, il nous semble que l'enlèvement ne se confondant pas avec l'adultère et n'impliquant pas nécessairement la violation de la foi conjugale, est soumis à l'empire des règles du droit commun au point de vue de la poursuite.

[22] Comp. dans ce sens : Cass., 9 novembre 1893 (D. 96. 1. 475).

[23] Par exemple, pour forcer le consentement des parents au mariage, pour l'envoyer mendier, etc.

Mais il importe de rema[illegible] Cependant, le Code pénal
tion dans l'article 354, [illegible] Il ne tient compt
simple séduction, inc[illegible] En effet, tandis que l'a
pratiquée à l'égard [illegible] d'un mineur, fil
en effet, relever [illegible] forcés à temps l'en
manœuvres [illegible] *seize ans* : « Si la pers
de la victim[illegible] l'exposé des motifs, est une
écrit, par [illegible] le crime étant plus gr
cieus[illegible] des travaux forcés à te
du [illegible] n'a pu avoir lieu que
[illegible] pour forcer les parents à consent
[illegible] que ce serait dans la criminalité du
[illegible] dans l'âge et le sexe de la personne enlevé
[illegible] l'aggravation du crime : aux yeu
[illegible] au-dessous de seize ans révèlerait par lui-mêm
[illegible] ravisseur. Mais alors ne serait-il pas plus rationne
[illegible] par la voie indirecte d'une présom
[illegible] l'aggravation de peine directe
[illegible] par le ravisseur? D'autant
[illegible] une jeune fille pour en abuser ou fo
[illegible] mariage mérite un châtiment
[illegible] de la victime.

[illegible] de la tentative et de la compl
[illegible] de mineurs. Il faut re
[illegible] par *simple mandat* est i
[illegible] la participation directe au fait
[illegible] en effet, « quiconque aura, par fr
[illegible] ».

[illegible] des questions à poser au jury
[illegible] ou violence, on ne doit pas oul
[illegible] est tantôt un élément constitutif, ta
[illegible] aggravante du crime.

[illegible] moyen de la violence ou de la fraude est pun
[illegible] (§ 235) de l'emprisonnement ; et, si le fait a été
[illegible] de se servir de la personne du mineur pour mendie
[illegible] il est puni de la réclusion pendant dix
[illegible]

Question principale. — N... est-il coupable d'avoir (ici, la date) enlevé *ou* fait enlever, entraîné *ou* détourné *ou* déplacé, *ou* fait entraîner *ou* détourner *ou* déplacer X..., mineur de vingt et un ans, du lieu où il était mis par ses père et mère, son tuteur, etc.?

Circonstance aggravante. — La susdite fille enlevée ou détournée avait-elle moins de seize ans accomplis au moment dudit enlèvement ou détournement?

1989. *Du rapt de séduction*[25]. — L'article 356 a pour objet l'enlèvement d'une fille mineure qui, par suite de la séduction exercée sur elle, a consenti à l'enlèvement ou suivi volontairement le ravisseur[26]. Ici, le coupable est nécessairement un *homme*; la victime, une *fille*, et une fille *au-dessous de seize ans*.

1990. Les éléments constitutifs du crime sont au nombre de trois : 1° un fait matériel de détournement; 2° s'exerçant sur une fille âgée de moins de seize ans; 3° et commis avec intention criminelle.

1991. Il faut, pour l'existence du crime, que la victime ait été enlevée des lieux où elle avait été mise par ceux à l'autorité ou à la direction desquels elle était soumise ou confiée[27]. La loi

[25] BIBLIOGRAPHIE : FOURNEL, *Traité de la séduction*, 1781 ; MILLET, *Traité de la séduction* (Paris, 1876).

[26] Article 356 : « Quand la fille au-dessous de seize ans aurait consenti à son enlèvement ou suivi volontairement le ravisseur, si celui-ci était majeur de vingt et un ans et au-dessus, il sera condamné aux travaux forcés à temps. — Si le ravisseur n'avait pas encore vingt et un ans, il sera puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans ».

[27] A une certaine époque, la Cour de cassation avait jugé que l'enlèvement était punissable, de quelque lieu que la fille eût été enlevée. Elle se fondait 1° sur ce que l'article 356 ne rappelle pas cette condition, qui serait applicable seulement au rapt par fraude ou violence; 2° sur ce que l'article 356 n'aurait pas « pour objet principal, comme l'article 354, de protéger la puissance paternelle ou l'autorité de la famille contre l'atteinte, résul ant de l'enlèvement, du détournement ou déplacement de mineurs » ; son but serait surtout de défendre la fille contre l'entraînement de ses propres passions : Cassation, 8 avril 1858 (S. 58. 1. 627). Cette jurisprudence est approuvée par BLANCHE, t. V, n° 316. Mais la Cour de cassation n'a pas persisté dans cette manière de voir, et elle s'est formellement prononcée en sens contraire par arrêt du 22 juin 1872 (S. 72. 1. 345) : « Attendu que le crime d'enlève-

n'exige pas que l'enlèvement ait été effectué par fraude ou violence; il suffit que la victime ait été détournée des lieux où l'avait placée l'autorité de ses parents, « lors même qu'elle les aurait quittés elle-même volontairement pour suivre le ravisseur. » La séduction n'est incriminée que par rapport à son résultat matériel : le détournement d'une mineure de seize ans. Il est donc inutile de rechercher en quoi elle consiste, puisqu'elle est *présumée* par cela seul que la victime, âgée de moins de

ment de mineurs est un attentat contre l'autorité des parents; qu'en effet, l'un de ses éléments constitutifs est celui qui se trouve indiqué dans ces expressions de l'article 354 du Code pénal : « enlever, entraîner, détourner « ou déplacer des lieux où les mineurs étaient mis par ceux à l'autorité ou à « la direction desquels ils étaient soumis ou confiés »; que cette condition, est également prescrite par l'article 356, pour le crime d'enlèvement d'une mineure, lequel n'est distinct de celui prévu par l'article 354, qu'en ce sens que la fille enlevée, ayant moins de seize ans, la fraude envers elle est légalement présumée, nonobstant son consentement, réputé surpris à raison de l'inexpérience et de la crédulité ordinaires dans ce jeune âge; que cela résulte de l'ensemble des dispositions placées sous une seule rubrique pour les différents cas d'enlèvements de mineurs et spécialement de la relation à l'article 354, des articles 355 et 356, dont le premier aggrave la peine du crime d'enlèvement par fraude ou violence effective, « si la per- « sonne enlevée ou détournée est une fille au-dessous de seize ans accom- « plis », et dont l'autre, faisant dériver de ce jeune âge la présomption de fraude envers celle qui « aurait consenti à son enlèvement pour suivre vo- « lontairement le ravisseur », punit celui-ci plus ou moins, selon qu'il était ou non majeur de vingt et un ans; que si la jeune fille n'avait pas été enlevée ou détournée d'un lieu où elle fut mise par quelqu'un ayant sur elle une certaine autorité, la séduction exercée envers elle ne pourrait devenir punissable qu'avec d'autres conditions fixées dans la section des attentats aux mœurs; attendu que la condition exprimée dans l'article 354 étant aussi un élément essentiel du crime pour le cas de l'article 356, la question posée au jury sur le fait principal doit l'énoncer comme circonstance de fait, par indication d'où la jeune fille a été enlevée et de la personne à l'autorité ou direction de laquelle elle était soumise ou confiée. » *Sic*, CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, n° 1749. Mais il faut entendre cette condition dans un sens très large. Ainsi le mineur qui part furtivement avec une jeune fille de moins de seize ans, accompagnant son père à une foire, se rend coupable du délit de rapt par séduction prévu par l'art. 356, C. p., § 2, la jeune fille étant, dans ce cas, censée avoir été détournée d'un lieu où elle avait été mise par son père, suivant les termes de la loi. Bordeaux, 2 octobre 1876 (D. J. G., supplément, v° *Crimes et délits contre les personnes*, n° 417).

seize ans, a volontairement consenti à suivre son ravisseur[28].

1992. Le Code pénal ne punit, en effet, le rapt de séduction que lorsque la fille est âgée de moins de seize ans. La commission du Corps législatif avait proposé un paragraphe additionnel : « Si la fille âgée de seize ans et de moins de vingt et un ans a consenti à son enlèvement ou suivi volontairement son ravisseur, celui-ci sera condamné à deux ans d'emprisonnement au moins et cinq ans au plus. » La commission justifiait ainsi cette disposition : « Le motif de l'addition proposée est que si l'on punit des travaux forcés à temps le ravisseur d'une fille au-dessous de seize ans, lorsque ce ravisseur est majeur, on n'a pas eu l'intention de laisser impuni celui qui, étant également majeur, enlèverait une fille de dix-sept à vingt et un ans; c'est précisément à cette époque de la vie des filles que les enlèvements doivent naturellement être plus communs, et l'on est souvent dans le cas de remarquer qu'une fille de seize ans ou au delà est plus fréquemment exposée à la séduction ou aux passions des hommes ». Cet amendement fut rejeté par le Conseil d'État. Et l'orateur du Corps législatif, Monseignat, expliquant ce rejet, disait que les rédacteurs du Code avaient « cru devoir abandonner, après seize ans, les jeunes personnes à la vigilance de leurs parents, à la garde de la religion, aux principes de l'honneur, à la censure de l'opinion... », et se désintéresser d'une lutte « où le vainqueur et le vaincu sont moins ennemis que complices ». Mais c'est là une défaillance de la loi pénale. Les motifs qui ont fait réprimer le rapt de séduction s'appliquent, avec la même force, aux filles âgées de moins de seize ans, comme à celles qui ont accompli cet âge. La sollicitude de la loi pénale doit s'étendre jusqu'à la majorité même, car, jusqu'à la majorité, une jeune fille est exposée, par son inexpérience et sa faiblesse, à des entreprises contre lesquelles on ne saurait trop la garantir[29].

[28] La présomption dont il s'agit n'admet pas de preuve contraire.

[29] Legouvé (*Histoire morale des femmes*) : « Il faut une loi contre la séduction. Quelle forme revêtira cette loi ? accordera-t-elle une action à la fille séduite? frappera-t-elle seulement le séducteur? permettra-t-elle la recherche de la paternité ? Il ne m'appartient pas de le décider, mais ce qui

1993. L'intention criminelle, qui forme l'élément moral du rapt de séduction, est caractérisée de la même manière que pour le rapt de fraude ou violence. Il s'agit toujours, comme nous l'avons expliqué, d'un *raptus in parentes*. Le but de la loi est encore plus la protection de la famille et le maintien de l'autorité domestique que la sauvegarde des bonnes mœurs.

1994. Dans la pénalité du rapt de séduction, il faut partir d'une distinction, établie par l'article 356, entre le ravisseur qui est majeur et celui qui est mineur de vingt et un ans. La loi a égard, en cette matière, à l'âge du coupable; elle ne le punit que d'une peine correctionnelle de deux ans à cinq ans d'emprisonnement, lorsqu'il est âgé de moins de vingt et un ans, tandis que cette peine s'élève aux travaux forcés à temps après cet âge. Cette distinction, nous ne la trouvons pas dans les articles 354 et 355 ; pour le rapt de fraude ou violence, la loi ne modifie la peine qu'eu égard à l'âge de la personne enlevée. C'est qu'en effet la situation n'est pas la même. Dans le rapt de violence, quoique le coupable n'ait pas accompli sa majorité, on doit constater, par la nature même du procédé qu'il a employé pour arriver à ses fins, que, chez lui, la duplicité ou la méchanceté n'ont pas attendu les années. Le dol ou la violence étant les signes caractéristiques de la criminalité, il en est de l'enlèvement des mineurs par fraude ou par violence, comme de tous les autres attentats contre les personnes, comme de tous les crimes et délits : la loi ne doit admettre d'autre distinction basée sur l'âge que la distinction générale, qu'elle pose dans l'article 66, entre les mineurs et les majeurs de seize ans. Mais, pour le rapt par séduction, l'entraînement des sens, la moindre possession de soi-même qui sont le propre de la jeunesse, doivent diminuer, dans une large mesure, la criminalité d'un fait qu'explique, pres-

est certain, c'est qu'elle existera... L'impunité assurée aux hommes double le nombre des enfants naturels, et la moitié des voleurs et des meurtriers sont des enfants naturels. L'impunité nourrit le libertinage, énerve la race, bouleverse les fortunes et flétrit les enfants. L'impunité allume la prostitution, détruit la santé publique et fait un métier de la paresse et de la licence. L'impunité enfin livre la moitié de la nation en proie aux vices de l'autre : sa condamnation est dans ce seul mot ».

que toujours, une passion violente. La loi a donc sagement tenu compte de l'âge du coupable, et la limite qu'elle a marquée entre le ravisseur mineur et le ravisseur majeur de vingt et un ans, n'a jamais été critiquée[30].

1995. Il est facile de conclure de ces observations qu'au point de vue légal, l'infraction simple est celle qui est commise par un mineur et qui est punie de l'emprisonnement. L'âge du coupable est donc une *circonstance aggravante* et doit être présentée au jury dans une question séparée[31].

En tenant compte de cette règle, on pourra interroger le jury de la manière suivante :

Question principale. — N... est-il coupable d'avoir (ici, la date) enlevé la nommée X..., fille mineure de seize ans du domicile de son père, sous l'autorité duquel elle se trouvait placée?

Circonstance aggravante. — N... était-il majeur de vingt et un ans, au moment de l'enlèvement?

1996. Les crimes et délits d'enlèvement de mineurs peuvent être poursuivis d'office par le ministère public. A ce point de vue, le Code pénal français n'a point adopté le système généralement suivi aujourd'hui par les législations modernes, qui, dans l'intérêt du repos des familles et pour éviter un scandale souvent pire que le mal, subordonnent la poursuite à une plainte des personnes sous l'autorité desquelles le mineur était placé. Il n'en est donc point du crime d'enlèvement comme du délit d'adultère. Dès que l'infraction est commise, le ministère public peut agir d'office, et le procès pénal doit continuer jusqu'au jugement, si le ravisseur n'épouse pas la fille enlevée. L'article 357 élève, en effet, contre la poursuite des crimes ou délits d'enlèvement, sans distinction d'âge ou de moyens employés[32], une fin de non-recevoir qu'il formule en ces termes : « *Dans le cas où le ravisseur aurait épousé la fille qu'il a enlevée, il ne*

[30] Ce que nous avons nous-même critiqué, c'est le manque de proportion qui existe entre l'emprisonnement et les travaux forcés à temps.

[31] *Sic*, Cass., 24 juillet 1873 (D. J. G. supplément, v° *Crimes et délits contre les personnes*, n° 418).

[32] Il n'existe, en effet, aucun motif, pour restreindre l'application de l'article 357 au rapt de séduction.

pourra être poursuivi que sur la plainte des personnes qui, d'après le Code civil, ont le droit de demander la nullité du mariage, ni condamné qu'après que la nullité du mariage aura été prononcée. »

La disposition de cet article a été ainsi motivée et expliquée par l'orateur du gouvernement : « Si le ravisseur a épousé la fille qu'il a enlevée, le sort du coupable dépend du parti que prendront ceux qui ont le droit de demander la nullité du mariage. S'ils ne la demandent point, *la poursuite du crime ne peut avoir lieu;* autrement, la peine qui serait prononcée contre le coupable rejaillirait sur la personne dont il a abusé et qui, victime innocente de la faute de son époux, serait réduite à partager sa honte. Il ne suffit même pas, pour que l'époux *puisse être poursuivi criminellement, que la nullité du mariage ait été demandée; il faut encore que le mariage soit, en effet, déclaré nul,* car il serait possible qu'à l'époque où l'action en nullité serait intentée, il existât une fin de non-recevoir contre les parents, soit parce qu'ils auraient expressément ou tacitement approuvé le mariage, soit parce qu'il se serait écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Ces fins de non-recevoir sont établies par le Code civil. En ce cas, dès que le mariage ne pourrait plus être attaqué, les considérations que je viens d'exposer ne permettraient pas que la conduite des époux fût recherchée ; et si l'intérêt de la société est qu'aucun crime ne reste impuni, son plus grand intérêt, en cette occasion, est de se montrer indulgente et de ne pas sacrifier à une vengeance tardive le bonheur d'une famille entière. »

Ainsi, dans le rapt de violence, comme dans le rapt de séduction, deux situations sont distinguées par la loi. Lorsque le ravisseur a épousé la fille qu'il a enlevée, la poursuite, tant contre lui que contre ceux qui ont participé à l'enlèvement[33],

[33] Les poursuites pénales contre les complices du ravisseur auraient les mêmes inconvénients que celles contre le ravisseur; il serait, du reste, injuste de permettre de poursuivre les complices, alors qu'on ne permet pas de poursuivre l'auteur principal ; aussi croyons-nous que l'exception qui couvre le ravisseur couvre également les complices. Cette opinion est unanimement admise. *Sic*, CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, n° 1758 ; BLANCHE, t. V,

est subordonnée à une double condition, exigée *cumulativement* par la loi : l'*annulation* du mariage prononcée par les tribunaux civils, et une *plainte* déposée par les personnes qui ont le droit de demander cette annulation. Lorsque l'enlèvement n'a pas été suivi de mariage, le ministère public peut librement poursuivre le ravisseur et ses complices. Mais, si celui-ci a épousé la personne enlevée, la poursuite ne peut avoir lieu que sur la plainte des personnes qui ont le droit de demander la nullité du mariage et qu'après que cette nullite a été prononcée. Cette question suspend non seulement le *jugement* de l'action publique, mais l'*exercice* même de cette action, qui ne peut être intentée par le ministère public, tant que la nullité du mariage n'a pas été prononcée[34].

n° 324. Elle a été consacrée par la Cour suprême, dans un arrêt du 2 octobre 1852 (S. 52. 1. 688 ; D. 52. 1. 312), dont voici les principaux motifs : « Attendu... que cette exception n'est point une excuse personnelle au ravisseur; que c'est le mariage même contracté à la suite du rapt que la loi a voulu protéger, puisqu'elle ne permet l'exercice de l'action criminelle qu'après que la nullité du mariage a été prononcée; que cette disposition s'applique non seulement à l'auteur principal, puisque toute poursuite relative au fait qui a précédé le mariage, même restreinte aux seuls complices, aurait pour résultat nécessaire d'affaiblir le respect qui lui est dû et de porter le trouble dans la famille; que la loi. dans une vue d'ordre général, a subordonné, dans cette circonstance, l'intérêt de la répression du crime à l'intérêt de la stabilité et de l'union de la famille... »

[34] Cependant, le texte de l'article 357 fait naître des difficultés sur ce point. En décidant que le ravisseur « ne pourra être *poursuivi* que sur la plainte..., ni *condamné* qu'après que la nullité du mariage aura été prononcée », il semble mettre une différence entre la poursuite et le jugement : le ministère public pourrait poursuivre sur la plainte seule, le tribunal de répression ne pourrait juger qu'après l'annulation du mariage. Mais la rédaction de ce texte est évidemment vicieuse : comment comprendre, en effet, des poursuites provisoires qui ne pourraient être suivies d'une condamnation ? Concevrait-on que le ravisseur puisse indéfiniment rester sous le coup de poursuites criminelles, être indéfiniment maintenu en état de détention préventive, jusqu'à ce qu'il plaise aux personnes qui en ont le droit de demander la nullité de son mariage. Des travaux préparatoires démontrent, au surplus, que le texte ne répond pas à la pensée du législateur. Dans ce sens : Hoffman, *op. cit.*, t. III, n°s 686 et suiv.; Ortolan, *op. cit.*, t. II, n° 1713 ; Blanche, t. V, n° 323; Mangin, *op. cit.*, t. I, n° 148; Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1757.

pourra être poursuivi
d'après le Code civil,
mariage, ni condamn
été prononcée. »

La disposition de
par l'orateur du g
fille qu'il a enlev
prendront ceux q
riage. S'ils ne l
peut avoir lieu;
le coupable r
victime inno
tager sa hon
être poursui
demandée;
nul, car il
serait int
parents,
approuv
sans r
du mar
civil.
qu
pas
soc

ront contrevenu, de quelque manière que ce soit, à la loi et aux règlements relatifs aux inhumations précipitées. »

Cette disposition prévoit deux infractions distinctes : l'une concerne les inhumations faites sans autorisation préalable de l'officier public ; l'autre, les inhumations précipitées. Dans ces deux cas, la loi punit simplement une *faute de négligence*. Elle a pour but, en effet, de sanctionner des prescriptions réglementaires[2]. La bonne foi de l'inculpé ne saurait lui permettre de se justifier, pas plus que la nécessité pressante où il prétendait s'être trouvé de donner la sépulture à une personne décédée depuis plusieurs jours.

1999. Deux conditions sont nécessaires à l'existence du délit : une *omission* dont la *responsabilité* incombe à la personne qui en est inculpée.

2000. Le délit consiste dans le fait, soit d'avoir inhumé sans autorisation une personne décédée, soit de l'avoir inhumée précipitamment.

a) Cette double infraction s'applique non seulement à l'inhumation des individus décédés, mais encore à l'inhumation des enfants dont la vie s'est éteinte en naissant ou avant de naître. La difficulté que faisaient naître, sur ce point, les termes trop étroits de l'article 358 (*individus décédés*), a été résolue par un décret du 6 juillet 1806, aux termes duquel : « Lorsque le cadavre d'un enfant dont la naissance n'a pas été enregistrée sera présenté à l'officier de l'état civil, cet officier n'exprimera pas qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il lui a été présenté sans vie. Cet acte sera inscrit, à sa date, sur le registre des décès, sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir s'il a eu vie ou non. » Il est donc certain, d'après cette disposition, que la délivrance d'un permis d'inhumer est nécessaire même pour les enfants mort-nés; et que, dès lors, l'omis-

[2] Ce caractère ne peut être douteux. Cfr. Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1760; Blanche, t. V, n° 330. Mais bien que ces infractions participent, par leur nature même, des *contraventions*, en ce sens que le fait est punissable en l'absence d'intention criminelle, il y a lieu de leur appliquer tous les principes qui régissent les *délits* (C. p., art. 1er).

sion de cette formalité est punie par l'article 358[3]. Mais il y a quelque incertitude dans la pratique pour savoir quand ce permis est nécessaire au cas d'accouchement avant terme, que la loi n'a pas prévu. Il ne faudrait certainement pas étendre cette obligation à l'inhumation d'un fœtus, résultat d'une fausse couche. Dans ce cas, il n'y a pas d'enfant, mais un embryon informe ; et il serait sans objet d'appliquer au produit de la conception les règles tutélaires qui défendent d'inhumer un *individu décédé* sans autorisation préalable. La question se ramène donc à savoir à quelle époque de développement de la grossesse l'embryon prend la forme caractérisée qui permet de le désigner sous la qualification d'*enfant mort-né*. Elle n'a pas été résolue par la loi; de là des difficultés que nous avons déjà examinées à propos de la suppression d'enfant[4]. Les règles à appliquer au point de vue de la déclaration, sont identiques.

b) Le législateur du Code pénal et celui du Code civil ont également voulu qu'aucune sépulture n'eut lieu sans la permission de l'autorité. Il ne suffit pas d'avoir déclaré le décès et demandé la permission d'inhumer; il faut l'avoir obtenue. Ce n'est pas seulement l'inhumation clandestine qui est défendue et

[3] *Sic*, Cass., 2 septembre 1843 (S. 43. 1. 801); 17 septembre 1847 (S. 47. 1. 463); Metz, 24 août 1854 (D. 54. 5. 431); Cass., 27 juillet 1872 (D. 72. 1. 277).

[4] Il a été bien jugé par la Cour de Paris, le 15 février 1865 (D. 65. 2. 138), que l'enfant mort-né doit être présenté à l'officier de l'état civil, à quelque époque que la gestation soit parvenue, pourvu qu'il présente les formes d'un être humain ; qu'à l'officier de l'état civil seul il appartient de décider s'il y a lieu de procéder à la rédaction de l'acte de décès et à l'inhumation dans le cimetière public. Mais les termes de cet arrêt sont trop généraux, car il est une époque de la gestation où le fœtus ne peut pas être considéré comme un enfant. Voy. cependant même solution générale dans Agen, 6 août 1874 (S. 75. 2. 108, D. 75. 5. 175). Cfr. Cass., 7 août 1874 (D. 75. 1. 5). A Paris, une circulaire du préfet de la Seine aux maires du 26 janvier 1882 décide que si l'embryon a au moins six semaines et au plus quatre mois, le médecin inspecteur doit dresser un certificat qui sera transcrit sur un registre spécial, sur papier libre, qui n'a pas le caractère d'un registre de police, par l'officier de l'état civil. L'administration doit se charger de l'enlèvement à domicile et de l'inhumation de ces embryons, Block, *Dict. de l'adm. franç.*, v° *Mort*, n° 19.

punie par la loi; c'est l'inhumation sans permis préalable[5].

c) Par inhumation, il faut entendre tout mode de sépulture. L'incinération d'un cadavre qui serait faite sans autorisation tomberait sous le coup de la loi[6]. En effet, les modes de sépulture n'avaient été réglés ni par le Code civil ni par le Code pénal : à l'époque de leur promulgation, on n'en pratiquait qu'un seul, l'*inhumation* (D. 23 prairial an XII). Un nouveau mode de sépulture s'est répandu depuis lors : la *crémation*. Il paraît avoir été autorisé par l'article 3 de la loi du 15 novembre 1887 qui permet au majeur ou au mineur émancipé de déterminer le mode de sa sépulture.

d) L'inhumation est précipitée quand elle a lieu avant l'expiration des vingt-quatre heures qui suivent le décès[7], et, en outre, quand elle a été faite avant les visites prescrites par différentes dispositions de la loi (C. civ., art. 77)[8]. 1° Le délai normal de vingt-quatre heures peut être abrégé, soit lorsqu'il s'agit du corps d'un supplicié (C. civ., art. 83), soit lorsque, par

[5] V. Trib. corr. de Marennes, 11 octobre 1881 (D. 84. 2. 185); Poitiers, 30 mai 1884 (D. 81. 2. 185 à 194), et dissertation de M. Ducrocq en note.

[6] Si le corps doit être incinéré, le permis ne peut être délivré que sur le vu d'un rapport fait par un médecin assermenté, commis par l'officier de l'état civil, et certifiant que la mort est due à une cause naturelle (Décret du 27 avril 1889, art. 17).

[7] La loi ne permet à l'officier de l'état civil de délivrer le permis d'inhumer que 24 heures après le décès. Mais c'est par erreur que quelques auteurs appliquent ce délai à l'inhumation elle-même. Le motif de ce délai est le danger des inhumations trop précipitées.

[8] On a eu la singulière idée d'appliquer l'article 358 à l'opération césarienne faite sur un cadavre dans les vingt-quatre heures du décès. Nous avons à peine besoin de dire que ce fait ne rentre, à aucun point de vue, dans les termes de cette disposition. En effet, inhumer un cadavre précipitamment ou faire une opération sur ce cadavre avant le délai de vingt-quatre heures, ce sont là deux actes bien différents, dont le premier seul est prévu par l'article 358. « Attendu, dit l'arrêt de la Cour de cassation du 1er mars 1834 (*B. cr.*, n° 67) que, dans l'état des faits constatés par l'arrêt attaqué, il n'y a pas eu contravention aux lois et règlements sur les inhumations; qu'ainsi l'article 358 du Code pénal était sans application, et qu'en le jugeant ainsi, ledit arrêt n'a violé aucune loi. » Mais ce fait constitue-t-il une violation de sépulture dans les termes de l'art. 360? Voy. sur la question : Cass., 20 juin 1896 (D. 97. 1. 29).

mesure de salubrité, l'officier public donne l'ordre de procéder à une inhumation plus prompte[9]. 2° Le délai de vingt-quatre heures doit, au contraire, être prolongé jusqu'après l'accomplissement de vérifications prescrites par la loi, soit lorsqu'il y a des signes ou indices de mort violente (C. civ., art. 81), soit lorsque des ouvriers ont péri par accident dans l'exploitation d'une mine (D. 3 janv. 1813, art. 18 et 19)[10].

2001. La loi n'a pas déterminé, comme pour les déclarations de naissance, quelles personnes seraient chargées, par leurs relations avec l'individu décédé, de faire procéder à l'inhumation, et seraient responsables, faute de ne pas s'être conformées aux règlements. Elle a pensé, sans doute que la nécessité même où se trouvent ceux qui entourent le défunt de se débarrasser de son cadavre, était de nature à assurer le service public des inhumations et qu'il suffisait de punir, soit celui qui fait inhumer un individu décédé sans autorisation, soit celui qui le fait inhumer avant l'expiration du délai de vingt-quatre heures. Aucune responsabilité pénale ne pèse donc, à cet égard, ni sur les curés et pasteurs qui procèdent aux cérémonies religieuses sans qu'il leur soit justifié de l'autorisation de l'officier de l'état

[9] L'officier de l'état civil a donc le droit d'ordonner l'ensevelissement immédiat des personnes décédées, lorsqu'elles ont succombé à une maladie contagieuse. Un décret du 27 avril 1889 lui permet en outre d'ordonner la *mise en bière immédiate.*

[10] Article 18 : « Il est expressément prescrit aux maires et autres officiers de police de se faire représenter les corps des ouvriers qui auraient péri par accident dans une exploitation, et de ne permettre leur inhumation qu'après que le procès-verbal de l'accident aura été dressé conformément à l'article 81 du Code civil et sous les peines portées dans les articles 358 et 359 du Code pénal. » Article 19 : « Lorsqu'il y aura impossibilité de parvenir jusqu'au lieu où se trouvent les corps des ouvriers qui auront péri dans les travaux, les exploitants, directeurs et autres ayants-cause seront tenus de faire constater cette circonstance par le maire ou autre officier public, qui en dressera procès-verbal et le transmettra au procureur impérial, à la diligence duquel, et sur l'autorisation du tribunal, cet acte sera annexé aux registres de l'état civil. » Ces dispositions sont appliquées, du reste, dans la pratique, à tous les accidents du même genre, tels que naufrage, incendie, explosion. *Sic*, Besançon, 30 juillet 1878 (S. 78. 2. 300).

civil[11], ni sur les maires et adjoints qui, faute d'avoir surveillé, conformément à l'obligation qui leur incombe en vertu du décret du 23 prairial an XIII, l'exécution de la loi, ont laissé, par négligence, le délit s'accomplir, ni sur les préposés aux pompes funèbres et les fossoyeurs qui se sont associés au fait matériel de l'inhumation[12]. Ce n'est pas que l'infraction, prévue par l'article 358, soit soustraite, à raison de sa nature même, aux règles de la complicité : car elle constitue, malgré son caractère contraventionnel, un *délit de police correctionnelle*. Mais les personnes qui participent accessoirement au fait matériel du délit, en aidant le coupable dans sa perpétration ou en lui procurant les moyens de le commettre, ne peuvent être considérées comme ses *complices* que si leur coopération a été *intentionnelle*, c'est-à-dire si elles ont connu l'omission incriminée et si elles ont voulu la favoriser. Tel n'est évidemment pas le caractère de l'aide donnée au délinquant par les personnes que nous venons d'indiquer[13].

2002. Aux termes de l'article 16 du décret du 23 prairial an XIII les lieux de sépulture, soit qu'ils appartiennent aux com-

[11] La Cour de cassation décide, en effet : 1° que le ministre du culte, en procédant aux cérémonies d'une inhumation, sans s'être assuré de l'autorisation préalable de l'officier public, ne tombe pas sous le coup de l'article 358 du Code pénal ; 2° mais qu'il contrevient au décret du 4 thermidor an XIII qui défend « à tous curés, desservants et pasteurs, d'aller lever aucun corps ou de les accompagner, hors des églises et temples, qu'il ne leur apparaisse de l'autorisation donnée par l'officier de l'état civil pour l'inhumation », et qu'il encourt la peine de l'article 471, n° 15, du Code pénal. *Sic*, Cass., 27 janvier 1832 (S. 32. 1. 386). Cfr. Blanche, t. V, n° 321. Le desservant qui commet ainsi une contravention de police ne peut être renvoyé des poursuites à raison de sa bonne foi. Cass., 29 décembre 1843 (S. 43. 1. 73).

[12] *Sic*, Cass., 7 mai 1842 (*B. cr.*, n° 112).

[13] Un curé ou un fossoyeur aurait pu, cependant, participer en connaissance de cause à une inhumation faite sans autorisation. Nous ne doutons pas qu'il n'y ait, dans l'aide donnée au délit, un acte de complicité caractérisé et puni comme le délit même. On pourrait également citer (et ce n'est pas une hypothèse invraisemblable), le fait de religieuses, procédant à l'inhumation dans leur couvent, des restes d'une religieuse, en vue d'assurer à ces restes une inhumation conforme à leur désir.

[illegible] qui ils appartiennent aux particuliers, sont soumis à [illegible] surveillance des administrations municipales. [illegible] sanction spéciale, qui n'a pas été édictée par [illegible] contraventions aux arrêtés pris par les maires à ce [illegible] de la peine de simple police prononcée par [illegible] 15, du Code pénal[15]. C'est ainsi que le fait [illegible] hors du cimetière communal, qui ne rentre cer[illegible] dans les prévisions de l'article 358 du Code pénal, [illegible] constituer une contravention punissable[16].

[illegible] La peine prononcée par l'article 358 contre les délin[illegible] est un emprisonnement de six jours à deux mois et une [illegible] de seize francs à cinquante francs, « sans préjudice de

[illegible] y a là, dans le système du Code pénal, une lacune assez grave. La [illegible] prévu, d'une part, que l'inhumation sans autorisation, et, d'autre [illegible] que l'infraction aux lois et règlements relatifs aux inhumations préci[illegible] Les autres dispositions sur la police des sépultures auraient dû être [illegible] dans ce paragraphe qui a pour rubrique : « *Infraction aux lois* [illegible] *les inhumations* ».

[15] Jurisprudence constante : Cass., 27 juillet 1832 (S. 32. 1. 386); 11 juillet 1856 (S. 58. 1. 852); 10 octobre 1856 (S. 57. 1. 74); 28 mars 1862 (S. 62. 1. 845).

[16] La Cour de cassation a décidé, d'abord, dans un arrêt du 14 avril 1838 (S. 38.1.449), que, puisqu'il était « constaté, dans l'espèce, que l'autorisation de procéder à l'inhumation dont il s'agissait avait été accordée par le maire, l'article 358 ne pouvait recevoir son application dans la cause. » Mais d'après un arrêt du 28 mars 1862, précité, l'infraction à la défense faite par l'autorité municipale d'inhumer dans un cimetière autre que celui de la commune, constitue une contravention punissable, alors même qu'il y a des difficultés de communication entre le domicile du défunt et le cimetière communal et qu'il est depuis longtemps d'usage d'enterrer dans le cimetière d'une commune limitrophe les personnes décédées dans la partie du territoire de la première commune qu'habitait le défunt, l'excuse tirée de ces faits n'étant pas admise par la loi. Au contraire, dans une espèce où il était constaté que le maire de la commune dans laquelle avait eu lieu le décès n'avait point prescrit l'inhumation dans le cimetière de cette commune, et que l'enterrement avait eu lieu dans une commune voisine sans protestation du maire de cette dernière commune, la Cour de cassation a jugé qu'il n'y avait eu aucune infraction à la loi pénale, et qu'en faisant application au prévenu des dispositions de l'article 471, n° 15, du Code pénal, le juge de police avait violé cet article et faussement appliqué le décret du 4 thermidor an XIII : Cass., 11 juillet 1885 (S. 86. 1. 285).

la poursuite des crimes dont les auteurs de ce délit pourraient être prévenus dans cette circonstance ». Cette réserve est inutile; elle est même dangereuse. On pourrait l'interpréter, en effet, comme une dérogation au principe de l'article 365 du Code d'intruction criminelle, qui défend le cumul des peines. Mais ce serait méconnaître le but du législateur qui a seulement voulu indiquer que l'infraction aux lois sur les inhumations ne couvrira pas les crimes ou délits plus graves, tels qu'un infanticide, une suppression d'enfant, un avortement, dont l'inculpé aurait pu se rendre coupable.

§ CXXI. — DU RECEL DE CADAVRE.

(C. p., art 359).

2004. Objet de l'incrimination. — **2005**. Caractère du recélé qui n'est pas considéré comme un acte de complicité, mais comme un délit spécial. — **2006**. Néanmoins, les auteurs de l'homicide ne pourraient être poursuivis pour avoir caché le cadavre de leur victime. — **2007**. Éléments du délit.

2004. L'article 359 punit d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de cinquante francs à quatre cents francs, sans préjudice de peines plus graves en cas de participation au crime, quiconque a recélé ou caché, en quelque endroit que ce soit, le cadavre d'une personne homicidée ou morte des suites de coups et blessures. Le but de la loi, en édictant cette disposition, est d'empêcher qu'on puisse soustraire à la justice la connaissance d'un crime.

2005. Mais le recel est un *délit spécial* contre l'administration de la justice et non un acte de *complicité* d'un délit contre les personnes. Par conséquent, il suffit que le coupable ait su que le cadavre était celui d'une personne homicidée ou morte des suites de coups ou blessures : il n'est pas nécessaire, en outre, d'établir qu'il a eu l'*intention de favoriser* le crime ou le délit même. Voilà pourquoi la loi ne punit ce fait que d'une peine correctionnelle. Le Code pénal de 1791 qui s'expliquait plus nettement encore sur la nature du recel, le considérait cependant comme un crime : « Quiconque, portait ce Code, serait convaincu d'avoir caché et recélé le cadavre d'une personne

homi[illegible], *encore qu'il n'ait pas été complice d'homicide*, sera puni de quatre années de détention ». Le recéleur du cadavre de la personne homicidée ne pourrait être un complice, passible, en conséquence, de la même peine que l'auteur de l'homicide, que s'il avait participé au crime par des faits autres que le recel (C. p., art. 60).

2006. Bien qu'il y ait là un délit distinct, il ne faudrait pas conclure du caractère du recel que les auteurs mêmes de l'homicide ou des coups et blessures puissent être poursuivis pour avoir recélé le cadavre de leur victime[1]. Ce fait n'est, de leur part, que la conséquence de leur crime ; on ne saurait l'en séparer, pas plus qu'on ne pourrait isoler, pour l'incriminer spécialement, le port d'une arme prohibée avec laquelle un meurtrier aurait commis son attentat. L'article 359 est édicté pour empêcher des tiers, étrangers à l'homicide ou aux blessures, de cacher le cadavre, mais non pour punir spécialement un meurtrier de ce qu'il tente, en faisant disparaître le corps du délit, de se soustraire à la justice.

2007. Deux faits matériels constituent le délit. *a*) Le premier consiste à *recéler* ou *cacher* le cadavre, n'importe par quels moyens. Une inhumation clandestine aurait certainement ce caractère. « Ceux à qui la loi impose le devoir de faire les déclara-

§ CXXI. [1] La Cour de cassation l'a jugé dans un arrêt du 21 septembre 1815 (S. 16. 1. 18) : « Attendu que du rapprochement des deux dispositions de l'article 359, il suit évidemment que le délit correctionnel ne peut être constitué que par le fait de celui qui n'a pas participé au crime de meurtre; qu'à l'égard de celui-ci, ce fait qui n'est que la suite du meurtre ne peut jamais prendre le caractère d'un délit qui soit distinct de ce crime ; que celui qui recèle ou cache le cadavre d'une personne homicidée, commet une espèce de complicité du meurtre, comme celui qui recèle un objet volé se rend coupable d'une complicité du vol ; que, si la loi ne punit que de peines correctionnelles la complicité qui existe dans le premier cas, c'est que ce genre de complicité n'a pas pour objet d'aider le meurtrier, mais seulement de procurer son impunité ; qu'on ne peut être coupable et puni, tout à la fois, comme auteur et comme complice ; que l'auteur d'un meurtre ne peut, conséquemment, rentrer dans l'application de l'article 304 du Code pénal, et être puni de mort, parce que, pour soustraire son crime aux recherches de la justice, il aura caché le cadavre de la personne qu'il avait homicidée. »

tions, porte l'exposé des motifs du Code pénal, ne doivent pas perdre de vue que, dans le cas où il s'élèverait quelques présomptions de mort violente, leur négligence les exposerait à être poursuivis comme recéleurs du cadavre d'une personne homicidée. » Il en serait de même, à plus forte raison, du dépeçage ou de l'incinération du cadavre. La loi n'a voulu, ni déterminer, ni limiter les procédés de recel : elle les comprend tous dans ses prévisions. *b*) Le deuxième fait matériel, constitutif du délit, est que la personne, dont le cadavre fait l'objet du recel, ait été victime d'un homicide ou de coups et blessures, en un mot ait péri de *mort violente*. Il importe peu que le fait de l'homme, qui a causé la mort, soit un crime ou un délit[2]. Ce qui est nécessaire, mais suffisant, c'est que ce fait soit incriminé[3]. La loi veut éviter qu'on cherche à soustraire à la justice la connaissance d'un décès qui n'est pas dû à une maladie ou à un accident et dont la cause même est de nature à motiver une intervention judiciaire.

Il n'y a aucune exception, basée sur les liens de parenté, à apporter à l'article 359 dont les dispositions sont générales. En conséquence, les parents les plus proches de l'auteur d'un homicide ne pourraient être renvoyés d'instance par ce seul motif qu'ils n'étaient pas tenus, aux termes de l'ancien article 107 du Code d'instruction criminelle, aujourd'hui abrogé, de le dénoncer; la dénonciation du crime et le recel du cadavre de la victime sont choses bien différentes[4].

[2] L'article 359 n'indique pas, en effet, comment la personne dont il défend de recéler le cadavre aura dû être homicidée. Et la conséquence, c'est qu'il s'applique au recel du cadavre de la victime d'un homicide involontaire, comme à celui du cadavre de la victime d'un homicide volontaire. Sur ce premier point, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord. Voy. dans ce sens : Cass., 26 mai 1855 (S. 55. 1. 624); Blanche, t. V, n° 342; Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1767.

[3] Il ne faudrait pas appliquer l'article 359 au recel du cadavre d'un suicidé.

[4] Voy. Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1768.

2010. Dans les idées germaniques, c'était un devoir sacré de ne pas laisser les morts sans sépulture. Aussi l'ancienne législation s'en référa, quant à l'objet et au contenu du délit de violation de sépulture, en France comme en Allemagne et en Italie, aux règles romaines, qui servirent de base à ses dispositions. Mais la peine du délit devint arbitraire : elle dépendait des circonstances et de la qualité des personnes. Lorsque le crime avait été commis dans une église ou dans un cimetière, il participait du sacrilège et pouvait, s'il était accompagné de vol ou d'effraction, être puni de la mort ou des galères. Le crime s'aggravait à l'égard des fossoyeurs qui dépouillaient les cadavres qu'ils étaient chargés d'ensevelir[3].

2011. « La loi qui protège l'homme depuis sa naissance jusqu'à sa mort, porte l'exposé des motifs du Code pénal de 1810, ne l'abandonne pas au moment où il a cessé de vivre et quand il ne reste de lui que sa dépouille mortelle. Vous trouverez, dans le projet, une disposition contre ceux qui, sans respect pour le dernier asile, violeraient les sépultures, troubleraient la cendre des morts ou profaneraient les tombeaux. »

L'article 360, qui prévoit ce délit, punit « *d'un emprisonnement de trois mois à un an, et de seize francs à deux cents francs d'amende, quiconque se sera rendu coupable de violation de tombeaux ou de sépultures, sans préjudice des peines contre les crimes ou délits qui seraient joints à celui-ci.* »

2012. Violer les tombeaux ou les sépultures, c'est outrager la dépouille mortelle de l'homme, dans son cadavre ou dans la tombe qui le contient. L'élément matériel du délit consiste donc dans un *acte* de nature à violer le respect dû aux morts; l'élément moral, dans l'*outrage* qui résulte de cet acte. Précisons ces deux éléments.

a) Si l'existence de *voies de fait* est indispensable pour la constitution du délit, si de simples paroles seraient insuffisantes[4], il

[3] Cfr. Jousse, *op. cit.*, t. III, p. 667; Darreau, *Traité des injures*, p. 89.

[4] Si l'agent s'était borné à proférer des injures sur une tombe sans y joindre aucun fait matériel, il ne pourrait certainement être déclaré coupable de violation de tombeaux. Tout au plus, le fait constituerait-il une injure ou une diffamation. Voy. L. 29 juill. 1881 (art. 34).

est certain que l'objet de la violation et de la profanation incriminées peut être le *cadavre*, soit avant soit après son ensevelissement, comme la *tombe* elle-même et ses accessoires, croix, couronnes, ornements, etc. Aussi, la plupart des Codes modernes désignent le délit sous la qualification de « violation de *cadavres* et de *sépultures* », expression plus précise et plus exacte que celle du Code pénal français « violation de *tombeaux* ou de *sépultures*. » Il résulterait, en effet, de ces derniers mots, si on les prenait à la lettre, que la loi française n'aurait protégé que le « tombeau » même, la « sépulture ». Mais les précédents historiques, comme l'exposé des motifs du Code pénal que nous avons cité, protestent contre une interprétation aussi étroite. Ce sont certainement les restes de l'homme et non le tombeau lui-même que la loi a voulu défendre contre toute profanation. Le « violement de sépultures » peut donc être commis, non seulement après que le cadavre a été inhumé dans la terre, mais, encore quand il n'est qu'enseveli dans le cercueil. Et comme c'est la mort et non la cérémonie funèbre qui lui donne sa consécration, il ne faut même pas attendre, pour protéger la dépouille mortelle de l'homme, que la cérémonie funèbre soit commencée[5]. En un mot, ce ne sont pas les actes matériels commis contre les tombeaux et les sépultures que la loi a entendu punir, mais les outrages faits au cercueil, au lit mortuaire et au cadavre lui-même.

La loi n'a pas essayé de définir et de délimiter les *actes matériels* qui tendent à violer le respect dû aux dépouilles des morts et aux tombeaux et sépultures qui les contiennent. « Le

[5] On trouve, dans la jurisprudence, un certain nombre de décisions qui visent des faits d'outrage commis avant l'inhumation. Dans une espèce, le prévenu, après avoir adressé au défunt, en face de son cercueil, des reproches et des injures avait lancé contre ce cercueil une pierre qui l'avait brisé. La Cour de Bordeaux vit, avec raison, dans ce fait matériel (jet de la pierre) une violation de sépulture : 9 déc. 1830 (D. 31. 2. 106). La Cour de Paris est allée même plus loin : elle a jugé qu'on doit considérer comme une sépulture le lit qui renferme les restes d'un mort, alors surtout que le corps est enseveli dans des linges mortuaires et que des insignes religieux indiquent un commencement de cérémonie funèbre : 8 juill. 1875 (S. 75. 2. 292; D. 76. 2. 113). Voy. également : Rennes, 16 janv. 1878 (S. 79. 2. 301; D. 79. 2. 18).

crime de violement de sépulcre, dit Jousse[6], se commet de plusieurs manières : 1° en déterrant les cadavres, ou les tirant de leurs tombeaux, pour en faire des anatomies; 2° en les dépouillant de leurs vêtements pour les voler; 3° en détruisant leurs épitaphes ou ornements; 4° en empêchant qu'une personne morte soit enterrée; 5° en frappant, blessant ou coupant quelque membre d'un corps mort. » Tous ces faits, et bien d'autres qu'il serait impossible d'énumérer, doivent encore être considérés comme impliquant une violation de sépulture. La question s'est même posée de savoir si le fait de procéder à une exhumation sans autorisation administrative constituait le délit. La jurisprudence n'hésite pas à l'admettre. Le fait matériel incriminé est évidemment contraire au respect dû au mort, et il ne saurait être excusé ni par le but ni par l'intention qui aurait fait agir l'inculpé[7]. L'article 360 pourrait être, à plus forte raison, appliqué à ces actes immondes, commis par des nécrophyles sur le cadavre, soit après soit avant l'inhumation, outrages qui ne peuvent être qualifiés d'.« attentats à la pudeur. »

b) L'élément moral du délit réside dans l'outrage même qui résulte de la violation. L'infraction existe dès que, par un fait commis *volontairement*, la profanation matérielle d'un cadavre ou d'une tombe a été accomplie. Le mobile qui fait agir l'inculpé importe peu. Ce que la loi incrimine, ce n'est pas le but qu'il poursuit, mais le fait qu'il a commis volontairement. Le délit est donc légalement caractérisé dès que l'acte imputé, abstraction faite de l'intention indirecte et du but de l'agent, est de nature à violer le respect dû à la religion des tombeaux[8].

[6] *Op. cit.*, t. III, p. 366.

[7] Voy. Cass., 3 oct. 1862 (S. 62. 1. 997; D. 63. 2. 31). Mais voy. Nîmes, 6 juill. 1878 (S. 79. 2. 112).

[8] La jurisprudence est formelle pour donner ce caractère à la violation de sépulture et pour voir un délit dans tout acte de nature à violer le respect dû aux tombes des morts, sans que le prévenu puisse se justifier par son intention et le but qu'il se propose. Cfr. particulièrement : Cass., 3 oct. 1862, précité; 5 juill. 1884 (S. 87. 1. 339; D. 87. 1. 222). C'est ainsi, par exemple, que le fait de mutiler un cadavre, pour en conserver une partie comme *relique*, constituerait le délit. Ainsi, encore, le prétexte d'une étude scienti-

est certain que [illegible] « *sans préju-*
minées peut être [illegible] *les autres dis-*
sement, com[illegible] [illegible]
couronnes, or[illegible] [illegible] 359. [illegible]
désignent [illegible]
et de *sépu*[illegible] [illegible]
celle du [illegible] [illegible]
sépultu[illegible] [illegible]
les pr[illegible] [illegible] seraient joints [illegible]
le « [illegible] [illegible]
hist[illegible] [illegible]
avo[illegible] [illegible]
[illegible] [illegible]
[illegible] [illegible] délits [illegible]

[illegible]

[illegible] 1881, 1, 361 [illegible]

[illegible]

[illegible] 1896 [illegible]

[illegible] 360 [illegible]

[illegible] V[illegible] 71)

SECTION SEPTIÈME

Faux témoignage, calomnie, injures, révélation de secrets.

---

§ CXXIII. — DU FAUX TÉMOIGNAGE.

(C. p., art. 361 à 364).

2014. Notions générales. — **2015**. Du faux témoignage. Définition. Éléments constitutifs. — **2016**. Premier élément. L'altération de la vérité doit avoir été commise en portant témoignage. — **2017**. Second élément. Le témoignage doit être faux. Réticences. Variations et contradictions. Circonstances essentielles ou secondaires de la déposition. — **2018**. Troisième élément. Préjudice ou possibilité de préjudice. Témoignage dans l'information. — **2019**. Quatrième élément. Le faux témoignage est commis dans l'intention de tromper la justice. — **2020**. La tentative de faux témoignage est juridiquement impossible. — **2021**. Conditions d'existence du témoignage dans la procédure répressive. — **2022**. Ses conditions d'existence dans la procédure civile. — **2023**. Des différences entre le faux témoignage en matière civile et en matière criminelle. — **2024**. De la pénalité du faux témoignage. — **2025**. Ce qu'il faut entendre, au point de vue de la pénalité, par faux témoignage « en matière criminelle. » — **2026**. L'amende ne s'applique pas au faux témoignage. — **2027**. Circonstances aggravantes du faux témoignage. — **2028**. Preuve du faux témoignage. — **2029**. Formulaire des questions à poser au jury.

2014. L'administration de la justice est un des premiers besoins des sociétés. L'État, qui est l'organe du droit, a bien le devoir de choisir des juges probes, impartiaux et instruits pour remplir cette fonction sociale, mais le devoir des citoyens est de les éclairer lorsqu'ils sont appelés à prêter leur concours aux tribunaux; or, les juges ne se prononçant pas sur des faits qu'ils ont vus, sur des paroles qu'ils ont entendues, mais sur des faits ou des paroles qui leur sont *médiatement* rapportés par des témoins oculaires ou auriculaires, l'obligation essentielle de ces témoins est de *dire la vérité*. Aussi, dans toutes les législations pénales, on trouve, prévue et réprimée, la *falsitas in judicio*, qui comprend ordinairement deux groupes de délits : le *faux témoignage* et la *subornation de témoins*.

Ces incriminations, autrefois considérées comme une *variété du faux*, en ont été détachées par le droit moderne, bien qu'elles se ramènent à une altération de la vérité préjudiciable, commise par paroles (*verbis*). Les mœurs ont transformé, sur ce point comme sur tant d'autres, les applications de l'idée du faux. C'est que le témoignage avait autrefois une importance qu'il n'a plus dans l'ordre civil, où les écritures sont la preuve normale, et qu'il a quelque peine à conserver dans la procédure répressive. Aussi l'altération des écrits est devenue l'objet principal de l'incrimination de faux.

Néanmoins toute la théorie du délit de faux témoignage est comprise dans deux propositions. La première c'est que le mensonge doit être exprimé dans un *témoignage* pour devenir délictueux. La seconde, c'est que, pour former ce témoignage, qui est le corps du délit, doivent concourir et se rencontrer les trois conditions essentielles du *faux punissable :* l'altération de la vérité; l'intention frauduleuse; le préjudice réel ou possible.

2015. La loi française qui prévoit et punit le faux témoignage, ne l'a pas défini[1]. De là des difficultés sur la notion même du délit. Il y a faux témoignage dans le fait de celui qui, légalement appelé à déposer, en qualité de témoin, dans un procès civil ou pénal, affirme sciemment une chose fausse, ou nie sciemment un chose vraie, et cause ainsi effectivement ou éventuellement, un préjudice à autrui.

Telle est la notion traditionnelle du délit, dont le Code pénal ne paraît pas s'être écarté. Les éléments essentiels de la qualification de faux témoignage sont donc : 1° une déposition en justice ; 2° faite faussement; 3° en connaissance de cause; 4° et pouvant porter préjudice à autrui.

2016. La première condition du délit, c'est que l'altération de la vérité ait été commise en portant un témoignage.

a) Mais, à ce point de vue, deux systèmes se partagent les législations pénales. Le premier donne au faux témoignage le caractère d'un délit contre la religion ; il exige que la déposi-

§ CXXIII. [1] Les expressions de la loi, dans les articles 361 à 364, sont toujours : « Quiconque sera coupable de faux témoignage... ». « Le faux témoin... », sans autre précision des éléments du délit.

tion se place sous la foi du *serment religieux* pour que l'altération de la vérité constitue un faux témoignage. Le second, plus moderne et certainement plus logique, voit, dans le faux témoignage, un délit contre l'administration de la justice, et ne fait de la prestation du serment, dans les pays où elle est imposée, qu'une circonstance aggravante de la culpabilité [2].

On sait que, dans la procédure française, le *témoignage* est une déclaration verbale, faite en justice, sous la foi du serment. D'où il suit que celui qui est appelé devant les tribunaux pour y donner de simples renseignements, qui est entendu sans prestation de serment, ne peut être poursuivi pour faux témoignage[3]. 1° Il en est ainsi d'abord des personnes qui ne sont entendues aux débats qu'en vertu du pouvoir discrétionnaire du président des assises; 2° Des individus privés, par suite d'une condamnation pénale (C. pén., art. 34 et 42), du droit de témoigner en justice, si ce n'est pour y donner de simples renseignements; 3° Enfin, aucune prévention ne peut être dirigée contre les personnes qui, à raison de leur âge ou de leur situation particulière, sont entendues sans prestation de serment. Toutefois, lorsque, par suite d'une erreur commise dans la procédure, ces personnes ont été appelées à prêter serment, elles prennent, malgré l'incapacité de droit ou de fait qui les frappe, le caractère de *témoins*, et sont responsables, à ce titre, si elles altèrent sciemment la vérité[4].

[2] Tel est le système du Code pénal belge (art. 217), et du Code pénal italien (art. 214). Il s'inspire de la tradition. Comp. CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, n° 1777.

[3] Jurisprudence constante. Voy. par exemple : Cass., 31 janv. 1859 (S. 60. 1. 747; D. 59. 1. 439); 11 mars 1882 (*B. cr.*, n° 72) ; 19 janv. 1886 (*B. cr.*, n° 65). Après quelques hésitations (Voy. CARNOT, *op. cit.*, sur l'article 361, n° 24; RAUTER, *op. cit.*, § 489), la doctrine est également fixée aujourd'hui sur ce point. Évidemment, si cette solution est juridiquement exacte, elle est profondément regrettable. Dans un système où la condamnation est fondée sur la seule *conviction* du juge, les déclarations des personnes appelées à fournir de simples renseignements peuvent avoir une grande importance. L'article 217 du Code pénal belge punit ces témoins, mais moins sévèrement que ceux qui prêtent serment. V. *Législ. crim.*, t. II, p. 197. Même système dans l'article 214, dernier alinéa, du Code pénal italien.

[4] Cass., 10 mai 1861 (*B. cr.*, n° 102). J'ajoute que l'article 363 est appli-

[illegible] qualification qui nous occupe, [illegible] c'est-à-dire devant un tri- [illegible] civil ou pénal qui le nécessite, et [illegible] les lois de procédure[5]. D'où il [illegible] instrumentaires d'un acte notarié ne [illegible] sous cette qualification ; 2° que nulle [illegible] dirigée contre les témoins entendus, [illegible] serment dans une enquête parlementaire[6], [illegible] fait que rendre compte, en cour d'assises [illegible] simple ou correctionnelle, des opérations aux- [illegible] avant l'audience, prête le serment des [illegible] faisant son rapport oral, il n'a que la qualité [illegible] conséquent, s'il ne se borne pas à énoncer un [illegible], à apprécier les faits de la cause, s'il affirme [illegible] l'existence de ces faits eux-mêmes, il peut être [illegible] faux témoin.

[illegible] dispositions des témoins qui, par des raisons tirées de leur reli- [illegible] dispensés de prêter serment suivant la formule prescrite par la [illegible], alors que ces dépositions ont été faites dans une forme qui les [illegible] d'après la loi en vertu de laquelle elles ont été reçues : Cass., [illegible] 1861 (*B. cr.*, n° 201).

[illegible] que le tribunal soit compétent pour juger le procès ? Je ne le [illegible] difficulté se rattache au dernier élément du faux témoi- [illegible] possible. Dans un arrêt du 11 septembre 1851 (S. 52. 1. [illegible]), la Cour de cassation a jugé que le faux témoignage, porté devant un [illegible] qui se déclare incompétent pour juger la prévention, doit être [illegible] comme celui qui est porté devant un tribunal compé- [illegible] qui n'a jamais fait difficulté, voy. particulièrement : [illegible] 1848 (S. 39. 1. 526 ; 18 avril 1878 (S. 79. 1. 391) ; BLANCHE, [illegible] les conclusions de M. l'avocat général Bosch devant la Cour [illegible] belge, rapportées avec l'arrêt de cette Cour du 5 avril 1892 (S. [illegible]). On trouvera, dans ce dernier recueil, une [illegible] sur la question.

[illegible] de la loi électorale italienne du 24 septembre 1882 [illegible] que les témoins, entendus devant les commissions d'enquête [illegible] par la Chambre des députés, peuvent être passibles des peines du faux témoignage. Aucune disposition semblable n'existe en France. Il a été [illegible] question, à propos de l'enquête parlementaire sur l'affaire du [illegible] 1892 et 1893, de donner aux dépositions faites devant la com- [illegible] d'enquête le caractère de témoignage.

d) L'interprète qui, dans une intention criminelle, trompe la justice, en lui transmettant infidèlement, soit les réponses de l'accusé, soit les dépositions d'un témoin, est aussi coupable que le faux témoin, car l'un et l'autre induisent sciemment la justice en erreur. Mais en l'absence de toute prévision spéciale dans le Code pénal français, il nous paraît difficile de poursuivre ce fait sous la qualification de faux témoignage[7]. C'est là une fraude qui échappe à toute répression pénale, en l'état actuel des textes.

e) Les prévenus et les accusés qui, dans l'intérêt de leur défense altèrent sciemment la vérité en justice, ne peuvent être poursuivis pour faux témoignage, puisque, d'une part, ils ne prêtent pas serment de dire la vérité, et que d'autre part, nul n'est réputé *testis idoneus* dans sa propre cause[8]. Le caractère essentiel d'un témoignage, c'est, en effet, de s'appliquer à un fait étranger à celui qui le rapporte : un témoin n'est digne de foi que dans la mesure où il dépose *en la cause d'autrui*. Cette situation est la condition même de son impartialité et de sa véracité. Aussi le témoin qui n'altère les faits dont il dépose que pour ne pas s'exposer lui-même à une poursuite comme auteur ou comme complice du délit, ne saurait être considéré, quant à ces faits, comme un témoin, tenu, sous une sanction pénale, de dire la vérité. Il n'est témoin qu'en apparence : en réalité, il serait prévenu s'il déposait avec sincérité[9]. Dire, avec la jurispru-

[7] L'interprète n'est pas un témoin, puisqu'il ne peut, à peine de nullité, être pris parmi les témoins. Voy. Code d'instruction criminelle, art. 332 et 333. Le Code pénal italien (art. 217) applique les dispositions du faux témoignage aux experts et aux interprètes qui, appelés en l'une de ces qualités devant l'autorité judiciaire, fournissent des avis, des informations ou des déclarations mensongères.

[8] La loi des 8 octobre-3 novembre 1789 a définitivement affranchi les accusés du serment que leur imposait la législation antérieure.

[9] L'ancienne jurisprudence (Jousse, *Instr. crim.*, t. III, p. 434) punissait d'une peine moins grave que la peine ordinaire du faux, le témoin qui déposait faussement dans une cause où il avait intérêt. — L'article 215 du Code pénal italien exempte de peine, à raison du faux témoignage : « celui qui, en disant la vérité, se serait inévitablement exposé lui-même ou aurait inévitablement exposé un proche parent à un grave dommage dans sa liberté ou dans son honneur... La peine est seulement diminuée de la moitié aux

dence [illegible] rêts, qui se prononce en sens contraire[10], que ce témoin, ayant prêté serment, ne peut être dispensé, par aucune considération personnelle, de remplir les devoirs que ce serment lui impose, c'est résoudre la question par la question même, car il s'agit précisément de savoir si la qualité de témoin persiste lorsqu'on interroge le témoin sur un fait qui lui est personnel. Mais l'exemption de peine doit cesser, et le faux témoin doit rentrer dans le droit commun de la responsabilité, si, pour se disculper lui-même, il a précisément porté un faux témoignage *contre autrui*. La justice peut, dans un sentiment d'humanité, et parce que l'instinct de la défense personnelle explique bien des mensonges, se départir de sa sévérité quand l'intérêt général de l'administration de la justice est seul exposé à souffrir d'une altération de la vérité, mais elle n'a plus ce droit quand elle compromettrait, par son indulgence même, la protection d'un autre intérêt particulier. Telle nous paraît être la frontière qui sépare, en pareil cas, le mensonge punissable du mensonge impuni.

2017. Le témoignage doit être contraire à la vérité, telle est la seconde condition du délit. La constatation de cet élément est abandonnée à la conscience du juge[11]; mais, s'il est oiseux de rechercher théoriquement à quels signes on reconnaît un faux témoignage, il est utile d'examiner et de résoudre les difficultés qui se rattachent aux *réticences* des témoins, aux *variations* et

deux tiers, si la fausse déposition expose une autre personne à une poursuite pénale ou à une condamnation ». Les immunités de la défense ne sauraient aller, dans ce cas jusqu'à l'impunité.

[10] Cass., 22 avril 1847 (S. 47. 1. 381); 20 juin 1856 (S. 56. 1. 843); 2 décembre 1864 (S. 65. 1. 152); 15 mars 1866 (S. 66. 1. 410; D. 66. 1. 355). La doctrine contraire est enseignée par presque tous les auteurs. La Cour de cassation de Belgique se prononce dans le même sens que notre Cour de cassation. Voy. Cour cassation belge, 6 juin 1881 (S. 82. 4. 27). Pour l'ancien droit sur la question Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1782. Comp. Blanche, t. V, n° 360.

[11] Mais il est nécessaire que cette constatation résulte, à n'en pas douter, du jugement ou de l'arrêt, en un mot que le *faux témoignage* ait été, comme le dit la Chambre criminelle de la Cour de cassation (21 févr. 1890, D. 90. 1. 46), spécifié et légalement caractérisé.

contradictions dans les dépositions, à l'*altération de la vérité* portant sur des *circonstances essentielles* du fait, à celle qui porte, au contraire, sur des *circonstances secondaires* du même fait.

a) Le Code pénal n'énumère pas et, par conséquent, ne limite pas les *moyens* par lesquels on a pu chercher à égarer la justice. Le faux témoignage consiste donc, aussi bien dans l'*affirmation* d'un fait mensonger, que dans la *négation* d'un fait véritable. Mais, parmi les procédés employés pour tromper la justice, doit-on comprendre les « réticences volontaires », en admettant, bien entendu, que les faits passés sous silence se rattachent aux circonstances essentielles du procès? Sans doute, le *simple* refus du témoin de répondre aux interpellations qui lui sont adressées est un *fait négatif*, qui ne peut être complètement assimilé à une fausse déclaration; c'est ce qui explique, à la fois qu'on n'ait vu là, en l'état actuel des textes, qu'un refus de déposer, délit moins grave que le faux témoignage lui-même (C. instr. cr., art. 304), et qu'on ait été amené à prévoir dans certaines législations, distinctement du faux témoignage, ce qu'on peut appeler l' « occultation de la vérité ». Mais on perd de vue, en séparant complètement ces deux formes d'altération de la vérité, que si le témoin a juré de ne dire que la vérité, il a également juré de dire « toute la vérité [12] », et qu'en taisant *volontairement* une partie des faits essentiels, c'est comme s'il affirmait qu'ils n'ont pas eu lieu. En sorte que, si la réticence simple, quand elle n'est pas liée à la déclaration principale et n'en modifie pas le sens, n'est qu'un *refus de répondre* sur un point déterminé, la réticence peut constituer un faux témoignage, quand le fait, passé sous silence, est tellement lié au *fait déclaré* qu'il en altère le sens et que ce dernier fait, incomplètement présenté, se trouve par là dénaturé en totalité ou en partie. Par exemple, le témoin d'un meurtre déclare que l'accusé a été l'objet de coups et blessures de la part de la victime, mais cache volontairement que le meurtrier lui-même a porté les premiers coups; ou bien, dans une accusation de vol, le témoin omet intentionnellement de déclarer la violence cons-

[12] Voyez les formules du serment, C. inst. cr., art. 75, 155, 189, 317.

tituant le vol à main armée dont il a connaissance, de manière à laisser croire qu'il n'y a eu qu'un vol ordinaire : qui pourrait douter, dans ces circonstances, de l'existence du faux témoignage? C'est dans ces limites que le Code pénal italien (art. 214) prévoit trois formes de faux témoignages : celle qui consiste à *affirmer le faux* ou à *nier le vrai* et celle qui consiste à *taire*, en tout ou en partie, ce qui se rapporte aux faits sur lesquels le témoin est interrogé. Et si le Code pénal français ne fait pas expressément ces distinctions, c'est qu'il n'a pas voulu, en énumérant les procédés de faux témoignage, courir le risque d'en omettre quelques-uns.

Du reste, la question de la réticence a un caractère plutôt théorique que pratique. Le juge, en interrogeant un témoin, ne manque guère de le questionner sur tous les faits qui peuvent augmenter ou diminuer la culpabilité, et alors le témoin est mis en demeure d'affirmer ou de nier ces faits, c'est-à-dire d'émettre une véritable déclaration; et, s'il *répond* intentionnellement qu'il ignore ces faits alors qu'il les connaît, il se rend certainement coupable d'une fausse déclaration[13].

b) Le faux témoignage n'est punissable que s'il se produit à propos de déclarations qui peuvent influer sur la solution du procès civil ou pénal au cours duquel le témoin est entendu. De là une distinction, souvent faite, au point de vue de la constitution de l'élément matériel du délit, suivant que l'altération de la vérité porte sur des *circonstances essentielles* du fait en litige ou sur des *circonstances secondaires*. Cette distinction est théoriquement exacte, à la condition de la rattacher à l'un des éléments du délit, le préjudice actuel ou possible. Tout se ramène, en effet, à la question de savoir si le mensonge, quel qu'il soit, a pu être utile ou nuisible à quelqu'un[14]. Il nous paraît impos-

[13] Sur le refus de répondre, la réticence simple, les dépositions négatives : CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, nos 1786 à 1788: BLANCHE, t. V, nos 357 et 358.

[14] C'est l'observation de BLANCHE, t. V, n° 357. La distinction était développée et nuancée par les anciens criminalistes. « Les témoins, dit JOUSSE (*op. cit.*, t. III, p. 426), qui changent ou rétractent leur déposition en justice, doivent être punis comme faux témoins, sauf les cas suivants : 1° si

sible de préciser autrement la difficulté. C'est dans ces termes de fait qu'elle se pose et qu'elle devra être souverainement résolue par les juges du fait.

c) Les *variations* ou les *contradictions* qui se produisent dans les dépositions peuvent être l'indice, sans être la preuve même d'un faux témoignage. Il est vrai que, aux termes de l'article 318 du Code d'instruction criminelle, le président, en cour d'assises, doit faire « tenir note, par le greffier, des additions, changements ou variations qui pourraient exister entre la déposition d'un témoin et ses précédentes déclarations », et que le procureur général et l'accusé peuvent requérir le président de faire procéder à ces constatations. Mais ce n'est que lorsque les nouvelles déclarations ne sont pas expliquées et que le témoin manifeste l'intention d'y persister, que ses variations ou ses contradictions sont punissables. L'article 318 s'est donc placé, plutôt au point de vue de l'intérêt de la défense, qu'au point de vue de la répression du faux témoignage, en prescrivant cette constatation.

2018. Le troisième élément du faux témoignage est le préjudice réalisé ou possible. Le mensonge n'est, en effet, incriminé dans les paroles et les écrits, que lorsqu'il est de nature à nuire[15]. Deux applications principales ont été tirées de ce principe par la jurisprudence française.

Les déclarations recueillies dans l'instruction écrite ne peuvent être la base d'une poursuite pour faux témoignage[16] : c'est

la variation ne tombe pas sur les circonstances essentielles ; 2° si la première déclaration avait été faite par erreur... ». Ce principe avait été d'ailleurs implicitement consacré par l'article 11 du titre 15 de l'ordonnance d'août 1670, portant : « Les témoins qui, depuis le récolement, rétracteront leurs dépositions ou les changeront *dans des circonstances essentielles*, seront poursuivis et punis comme faux témoins. » Sur la question : Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1783 ; Lucchini, *Del criterio per determinare la penalita del falso testimonie nel giudizio penale* (*Rivist. pen.*, t. X, p. 464).

[15] Dans quels cas le faux témoignage en justice échappe-t-il à la répression pour défaut de préjudice ou de résultat ? *Journ. du dr. crim.*, art. 8514. Il est à peine besoin de faire observer que c'est une question de fait.

[16] V. pour la critique de cette règle : H. Péret, *De la réforme du Code pénal*, p. 53.

c'est que le faux témoignage n'est consommé position est devenue irrévocable, c'est-à-dire ce qu'elle a dû produire ne peut plus être effacé. s, sans doute, avec la jurisprudence, qu'aucune frapper le témoin, qui, même dans le cours des ne déposition mensongère s'il la rétracte avant la débats. Mais la raison de cette règle se trouve dans même du délit et non dans l'absence d'un des éléments caractérisent.

19. La dernière condition du crime ou du délit est l'inten- de tromper la justice, en d'autres termes la *volonté de mettre le faux témoignage en tant que délit.* La constatation et élément est d'autant plus nécessaire que les allégations actes du témoin peuvent avoir pour cause soit une erreur, un mensonge [18]. Or, la loi ne punit même pas l'erreur qui être imputable à *faute;* elle punit le mensonge qui est le ltat d'un *dol.* Il est donc nécessaire que le ministère public lisse *distinctement* et que le tribunal spécifie *expressément* deux termes du délit, la fausseté de la déposition, et la fal- ation intentionnelle du témoin, c'est-à-dire sa mauvaise foi : ont là les deux conditions essentielles à la matérialité et à la alité du fait [19]. L'intention d'égarer la justice résulte, du e, de la conscience de mentir; la volonté de nuire n'est pas ée, elle devient, seulement dans un cas (témoignage *contre* usé), une circonstance aggravante du délit.

020. La tentative de faux témoignage est juridiquement ossible, et, pour ce motif, le témoin, qui n'achève pas ou rétracte, en temps utile, sa déposition, échappe à toute pour-

Le critère de la fausseté du témoignage, ne dépend pas, en effet, du ort entre ce qui a été dit et ce qui a eu lieu, mais du rapport entre ce a été dit et la connaissance qu'a pu avoir le témoin de ce qui a eu lieu. *d est mentiri*, dit quelque part Cicéron, *aliud est dicere mendacium.*

Est nul, en conséquence, l'arrêt qui condamne un témoin pour faux oignage, sans constater que sa déposition a été faite de mauvaise foi : L, 15 juillet 1886 (*B. cr.*, n° 258); Cass., 21 février 1890 (D. 91. 1. 48); leaux, 21 avril 1893 (D. 93. 2. 335). Voy. sur ce point : CHAUVEAU et IE, t. IV, n° 1804.

suite[20]. Tant que les débats sont ouverts, en effet, la fausseté d'une déposition ne peut être suffisamment appréciée et son caractère reste indécis. Le témoin peut l'expliquer et lui enlever ce qu'elle semble avoir d'inexact. De deux choses l'une, par conséquent : ou bien les débats ne sont pas clos, et alors le faux témoignage n'est même pas commencé, parce que la déposition peut être complétée, rétractée, modifiée, et qu'elle n'existe, comme telle, qu'au moment où elle est achevée; ou bien les débats sont clos, et alors il n'y a plus simple tentative, mais bien faux témoignage consommé, c'est le crime même qui devient l'objet des poursuites.

Ce caractère du faux témoignage n'est pas douteux. La difficulté consiste seulement à déterminer jusqu'à quel moment une déposition peut être expliquée, rétractée; en un mot à quel moment précis les débats étant clos, le faux témoignage existe[21]. Pour la résoudre, on doit distinguer le faux témoignage porté devant les tribunaux de répression, du faux témoignage porté devant les tribunaux civils. Sans doute, dans un cas comme dans l'autre, la règle est la même : c'est la *clôture des débats* qui fixe irrévocablement et indistinctement le caractère de la déposition. Mais l'application en peut varier, à raison des différences qui existent entre la procédure civile et la procédure pénale.

[20] Sur la question on consultera une dissertation de MORIN, *Journ. du dr. crim.*, articles 7601 et 8736. V. également CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, n° 1794. Pour la jurisprudence : Cass., 4 juillet 1833 (S. 33. 1. 862); Grenoble, 24 avril 1876 (D. 96. 2. 454). BLANCHE (t. V, n° 375), indique, sous une forme assez énigmatique, « qu'il peut se rencontrer des circonstances exceptionnelles où le témoignage ne présentera que les caractères de la tentative de crime, » et il pense, dans ce cas, que cette tentative sera punie comme toutes les tentatives de crime. Mais l'éminent auteur a oublié de nous indiquer dans quelles circonstances ce résultat peut se produire.

[21] Au cas de rétractation immédiate, l'impunité est accordée, par le Code pénal [illegible] (art. 216), par les Codes hongrois (§ 225), du Tessin (art. 188), de Saint-Marin (art. 301), etc. Le Code allemand (§ 158) n'énonce qu'une [illegible] de peine. Le Code belge, comme le Code français, ne fait aucune [illegible] de la rétractation, mais la jurisprudence a toujours admis que le faux témoignage n'était pas punissable s'il avait été rétracté avant la clôture [illegible]. Même système dans le Code suisse de 1852, le Code [illegible] de 1881.

2021. Devant les tribunaux de répression, lorsqu'une décision définitive est intervenue sur l'affaire dans laquelle le témoin a déposé, celui-ci peut certainement être poursuivi et condamné pour faux témoignage [22]. Mais peut-il l'être auparavant? Trois hypothèses ont particulièrement appelé l'attention de la jurisprudence.

a) Le débat a lieu en cour d'assises : un témoin paraît avoir déposé faussement ; il est mis en état d'arrestation et devient l'objet d'une instruction judiciaire. L'affaire, dans laquelle il a été entendu, est renvoyée à la prochaine session (C. instr. cr., art. 330 et 331). Lorsque le témoin se rétracte à cette session, est-il réputé néanmoins avoir fait un faux témoignage? La Cour de cassation l'admet [23]. Il faut, en effet, partir de cette idée que la loi ne punit, dans le faux témoignage, que le fait de déposer contre la vérité, quelle qu'en soit la conséquence. Que si les débats sont clos ou suspendus par un jugement de surséance, ou si le témoin a été mis en état d'arrestation, le faux témoignage est *consommé;* ce n'est pas une tentative, c'est le crime même qui devient l'objet des poursuites. Car la rétractation du témoin aux nouveaux débats est tardive et n'efface pas la criminalité de sa première déposition. La même solution doit être donnée dans des hypothèses analogues. Ainsi, le faux témoin, qui a déposé contre un accusé, est puni, alors même que la condamnation prononcée est annulée et que le témoin rétracte sa déposition devant la cour de renvoi, car le faux témoignage est consommé par la persistance du témoin dans sa déclaration mensongère jusqu'à la clôture des débats devant la juridiction où il a déposé. De même, le témoin, qui a fait une fausse déposition devant les premiers juges et qui ne l'a rétractée que devant les juges d'appel, peut être poursuivi pour faux témoignage, car la déposition est complète, en première instance, au moment où les dé-

[22] Et les poursuites du ministère public pour faux témoignage ne sont subordonnées, par aucune disposition législative, à l'exercice du droit conféré au président par l'article 330 du Code d'instruction criminelle. *Sic*, Cass., 21 février 1890 (D. 91. 1. 48).

[23] Conf. Cass., 18 mars 1841 (*B. cr.*, n° 69) ; 23 février 1871 (S. 72. 1. 19), 29 novembre 1873 (S. 74. 1. 98).

suite[20]. Tant que les débats sont ouverts, en effet, la fausseté d'une déposition ne peut être suffisamment appréciée et son caractère reste indécis. Le témoin peut l'expliquer et lui enlever ce qu'elle semble avoir d'inexact. De deux choses l'une, par conséquent : ou bien les débats ne sont pas clos, et alors le faux témoignage n'est même pas commencé, parce que la déposition peut être complétée, rétractée, modifiée, et qu'elle n'existe, comme telle, qu'au moment où elle est achevée; ou bien les débats sont clos, et alors il n'y a plus simple tentative, mais bien faux témoignage consommé, c'est le crime même qui devient l'objet des poursuites.

Ce caractère du faux témoignage n'est pas douteux. La difficulté consiste seulement à déterminer jusqu'à quel moment une déposition peut être expliquée, rétractée; en un mot à quel moment précis les débats étant clos, le faux témoignage existe[21]. Pour la résoudre, on doit distinguer le faux témoignage porté devant les tribunaux de répression, du faux témoignage porté devant les tribunaux civils. Sans doute, dans un cas comme dans l'autre, la règle est la même : c'est la *clôture des débats* qui fixe irrévocablement et indistinctement le caractère de la déposition. Mais l'application en peut varier, à raison des différences qui existent entre la procédure civile et la procédure pénale.

[20] Sur la question on consultera une dissertation de Morin, *Journ. du dr. crim.*, articles 7601 et 8736. V. également Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1794. Pour la jurisprudence : Cass., 4 juillet 1833 (S. 33. 1. 862); Grenoble, 24 avril 1876 (D. 96. 2. 454). Blanche (t. V, n° 375), indique, sous une forme assez énigmatique, « qu'il peut se rencontrer des circonstances exceptionnelles où le témoignage ne présentera que les caractères de la tentative de crime, » et il pense, dans ce cas, que cette tentative sera punie comme toutes les tentatives de crime. Mais l'éminent auteur a oublié de nous indiquer dans quelles circonstances ce résultat peut se produire.

[21] Au cas de rétractation immédiate, l'impunité est accordée, par le Code pénal italien (art. 216), par les Codes hongrois (§ 225), du Tessin (art. 188), de Saint-Marin (art. 301), etc. Le Code allemand (§ 158) n'énonce qu'une réduction de peine. Le Code belge, comme le Code français, ne fait aucune mention de la rétractation, mais la jurisprudence a toujours admis que le faux témoignage n'était pas punissable s'il avait été rétracté avant la clôture des débats. Même système, dans le Code autrichien de 1852, le Code hollandais de 1881.

2021. Devant les tribunaux de répression, lorsqu'une décision définitive est intervenue sur l'affaire dans laquelle le témoin a déposé, celui-ci peut certainement être poursuivi et condamné pour faux témoignage [22]. Mais peut-il l'être auparavant? Trois hypothèses ont particulièrement appelé l'attention de la jurisprudence.

a) Le débat a lieu en cour d'assises : un témoin paraît avoir déposé faussement ; il est mis en état d'arrestation et devient l'objet d'une instruction judiciaire. L'affaire, dans laquelle il a été entendu, est renvoyée à la prochaine session (C. instr. cr., art. 330 et 331). Lorsque le témoin se rétracte à cette session, est-il réputé néanmoins avoir fait un faux témoignage? La Cour de cassation l'admet [23]. Il faut, en effet, partir de cette idée que la loi ne punit, dans le faux témoignage, que le fait de déposer contre la vérité, quelle qu'en soit la conséquence. Que si les débats sont clos ou suspendus par un jugement de surséance, ou si le témoin a été mis en état d'arrestation, le faux témoignage est *consommé;* ce n'est pas une tentative, c'est le crime même qui devient l'objet des poursuites. Car la rétractation du témoin aux nouveaux débats est tardive et n'efface pas la criminalité de sa première déposition. La même solution doit être donnée dans des hypothèses analogues. Ainsi, le faux témoin, qui a déposé contre un accusé, est puni, alors même que la condamnation prononcée est annulée et que le témoin rétracte sa déposition devant la cour de renvoi, car le faux témoignage est consommé par la persistance du témoin dans sa déclaration mensongère jusqu'à la clôture des débats devant la juridiction où il a déposé. De même, le témoin, qui a fait une fausse déposition devant les premiers juges et qui ne l'a rétractée que devant les juges d'appel, peut être poursuivi pour faux témoignage, car la déposition est complète, en première instance, au moment où les dé-

[22] Et les poursuites du ministère public pour faux témoignage ne sont subordonnées, par aucune disposition législative, à l'exercice du droit conféré au président par l'article 330 du Code d'instruction criminelle. *Sic*, Cass., 21 février 1890 (D. 91. 1. 48).

[23] Conf. Cass., 18 mars 1841 (*B. cr.*, n° 69) ; 23 février 1871 (S. 72. 1. 19), 29 novembre 1873 (S. 74. 1. 98).

[illegible] donnée, au cas où le [illegible] de surséance, ren- [illegible] si le témoin vient à [illegible] faux témoignage [illegible] sa persistance à [illegible] la justice à sus- [illegible] être *témoin* pour [illegible] ultérieurement devant [illegible] faux témoignage. [illegible] police, les débats [illegible] ministère public a [illegible] prévenu dans sa dé- [illegible] peut être considéré [illegible] qui a fait une fausse [illegible] une autre audience, à [illegible] pas faux témoignage. [illegible] que lorsque le [illegible] et le témoi- [illegible] délictueux, les [illegible] renvoyée à une [illegible] jugement [26].

[illegible] la clôture des [illegible] faux témoignage est [illegible] mis dans l'im- [illegible] d'une mala- [illegible] quelconque. Mais si la [illegible] témoin tombe en défail- [illegible] pas commis de faux [illegible] de la même idée.

2022 [illegible] témoignage est reçu, soit [illegible] procès-verbal, soit à l'au- [illegible].

Dans [illegible] témoignage est consommé dès

[26] Cass., 22 [illegible] 1887 (B. [illegible] 201).

[27] Cass., 20 novem[illegible] 1868 [illegible]

[28] Cass., [illegible] 1877 (D. [illegible] 1. 328).

que le juge a clos le procès-verbal de l'enquête, qui servira de base à la conviction du tribunal devant lequel le témoin n'aura pas à comparaître, et, à cet égard, chaque déposition constitue un ensemble se suffisant à lui-même, et le procès-verbal se trouve clos au regard de chaque témoin par l'apposition de sa signature au bas de sa déposition ; à partir de ce moment, en effet, la rétractation du faux témoignage est devenue légalement impossible. Dans le second cas, le témoignage n'est achevé, en matière civile, comme en matière criminelle, qu'à la clôture des débats. Jusqu'à ce moment, le témoin peut expliquer et modifier sa déposition.

2023. Le faux témoignage se commet, ainsi que nous venons de le voir, soit *en matière criminelle*, soit *en matière civile*. Il existe entre ces deux termes de l'incrimination, des différences caractéristiques.

a) Il y a lieu de distinguer, pour l'application de la peine, suivant que le faux témoignage a lieu *en matière criminelle, correctionnelle* ou *de police*. Mais, d'après les articles 361 et 362, le faux témoignage ne peut être incriminé dans ces trois hypothèses que lorsqu'il a été porté, soit contre l'accusé ou le prévenu, soit en sa faveur. C'est en cela que consiste l'élément préjudiciable de l'infraction. La loi ayant pris soin de le dégager et de le faire entrer dans la qualification du crime ou du délit, il est nécessaire qu'il soit expressément constaté, soit dans la déclaration du jury, soit dans le jugement. Toute condamnation pour faux témoignage en matière criminelle, correctionnelle ou de police, qui n'énonce pas que le témoignage a été porté pour ou contre l'accusé, est entachée de nullité.

b) L'article 383 n'exige pas, en matière civile, que la déposition incriminée comme fausse ait été faite pour ou contre l'une des parties en cause. Mais il est, néanmoins, nécessaire qu'elle ait pu porter préjudice à autrui.

2024. La pénalité du faux témoignage a été notablement adoucie. Dans l'ancien droit, la peine des galères [27] était ordinaire-

[27] Voir les observations faites à ce sujet par LEVERDI, *Code pénal*, tit. XLI, p. 296, note *e*.

2026. L'amende prononcée en matière de faux par l'article 161 est inapplicable au faux témoignage[29]. On sait, en effet, que cette dernière incrimination a été détachée et spécialisée par le droit moderne.

2027. Les circonstances qui aggravent la pénalité du faux témoignage sont au nombre de deux.

La première, spéciale aux matières criminelles et correctionnelles, résulte de ce que l'accusé ou le prévenu, *contre lequel le témoin a déposé*[30], aurait été condamné à une peine plus forte que les peines prévues par les articles 361 et 362 : c'est cette peine plus forte qui est applicable au témoin[31]. Cette circonstance aggravante suppose deux conditions : d'abord, que c'est sur le témoignage incriminé que l'accusé ou le prévenu a été condamné ; ensuite, qu'il a été condamné, en fait, à cette peine plus forte que la peine du faux témoignage dont le témoin devient passible (C. p., art. 361).

par l'affirmative. Nous croyons, au contraire que ce témoignage est porté en matière correctionnelle (C. pén., art. 1er), ainsi que le décide un arrêt de la Cour d'Angers du 15 janv. 1850 (D. 51. 2. 122).

[29] *Sic*, Cass., 19 juin 1857 (S. 57. 1. 856).

[30] Le faux témoin n'encourt, en effet, la peine du condamné, supérieure à la réclusion, que s'il a déposé contre lui, mais non lorsqu'il a déposé en sa faveur : Cass., 13 février 1851 (S. 51. 1. 158). Comp. Blanche, t. V, n° 374.

[31] C'est une réminiscence de la peine du talion. Mais, à ce point de vue, ce ne devrait pas être la peine à laquelle le faux témoin a fait *condamner* l'accusé; ce devrait être celle qu'il lui a fait *subir*. Comment alors punir le témoin qui a fait une fausse déposition contre l'accusé dans l'intention de le faire condamner à mort, si le faux témoignage a été découvert avant que la condamnation ait été exécutée? Il serait peut-être plus équitable de prendre ici pour guide, non pas la loi du talion, mais le principe de justice qui veut que la peine soit proportionnée à la gravité du fait et à la criminalité de l'agent. Quoi qu'il en soit, si l'accusé, contre lequel le faux témoin a déposé, est condamné à la peine de mort, l'article 361 applique au faux témoin la même peine, soit que la condamnation prononcée contre l'accusé ait ou non reçu son exécution. On a dit, avec quelque exagération, que le faux témoignage, qui a entraîné la condamnation à mort de l'accusé, est un *assassinat moral*, ou une tentative d'assassinat, si la condamnation n'a pas été suivie d'exécution. Voy. sur ce point : Molinier, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, t. I, p. 301.

§ CXXIV. — DE LA SUBORNATION DE TÉMOINS.

(C. p., art. 365).

2030. Caractère de la subornation de témoins. — **2031.** Conséquences du caractère d'acte de complicité du faux témoignage que revêt la subornation de témoins. — **2032.** Conséquences de cette idée que c'est un acte de complicité spéciale. — **2033.** Position des questions au jury.

2030. La subornation de témoins n'est qu'un mode de participation, par une instigation, suivie d'effet, à commettre un faux témoignage [1]. Doit-on voir, dans ce fait, un acte de complicité? doit-on considérer ce fait comme un délit *sui generis?* Les législations pénales se partagent sur cette question. Les unes ne prévoient pas la subornation de témoins d'une manière spéciale, laissant à ce fait, par leur silence même, le caractère d'un acte pur et simple de complicité. Les autres y voient un délit spécial, qu'elles punissent plus ou moins sévèrement [2]

Le Code pénal de 1791 suivait le premier système; il ne s'occupait pas de la subornation de témoins. Le projet du Code pénal de 1810 contenait, au contraire une disposition ainsi conçue : « La subornation sera punie de la même peine que le faux témoignage. » Dans la discussion au Conseil d'État, on émit l'avis que la subornation devait être punie plus sévèrement que le faux témoignage lui-même : « Ce crime, disait-on, en renferme deux; car le suborneur séduit le témoin et perd l'accusé. » Cette opinion prévalut. La subornation disait M. Faure, dans l'exposé des motifs du Code pénal, « est une *espèce de provocation*, si dangereuse, qu'on a pensé que le coupable devait être puni plus sévèrement que la personne provoquée [3] ». Et l'orateur du Corps législatif ajoutait : « Cette aggravation est motivée par le rôle même du suborneur, qui est *plus qu'un complice ordinaire*, puisque c'est pour son intérêt seul que le crime est ourdi et consommé; dans sa main, le faux témoin n'est qu'un instru-

§ CXXIV [1] Comp. sur ce point : J. Clarus, *Sent.*, § *Falsum*, n° 3; Farinacius, *Quæst.* 67, n° 257.

[2] V. par exemple, l'article 218 du Code pénal italien.

[3] Locré, *op. cit.*, t. XXX, p. 490.

La deuxième circo[illegible], et d'après les
témoin, en matière c[illegible]ncée contre le su-
-lice, aurait reçu d[illegible] qui atteignait le faux
des promesses (C. [illegible] 1832 a supprimé cette
cas, puni : en m[illegible]ssion, résumant les prin-
en matière corre[illegible] ce qui suit : « Le sys-
de police, d'un e[illegible] avait cru devoir adop-
de 50 à 2.00[illegible] d'une peine supérieure
accessoires e[illegible]. Le projet du gouver-
ce que le fau[illegible] le suborneur du témoin de

2028. [illegible] Après avoir examiné cette
à la rédac[illegible]ommission est revenue à l'avis
comme l[illegible] *le suborneur du témoin comme*

2029 [illegible] du Code pénal, le fait de
être ex[illegible] comme le crime même, il n'a pas
tière [illegible] fût nécessaire de déroger à ce

a) [illegible] il valait mieux, au contraire, y ren-
de q[illegible] l'article 365 fut ainsi rédigé : « Le
que[illegible] du témoins sera passible *des mêmes*
[illegible] selon les distinctions contenues dans
si[illegible] 364. »
[illegible] par conséquent, que la subornation de
[illegible] actuel du Code pénal français, est un
[illegible] *faux témoignage*, et que, par suite, le
[illegible] l'instigation à commettre cette infrac-
[illegible] ne s'achève que par la déposition men-
[illegible]

[illegible] quelque sorte *accessoire*, de la subornation
[illegible] d'incriminer, comme *tentative*, l'instiga-
[illegible] à commettre un faux témoignage, alors
[illegible] de dons, de promesses ou de menaces.
[illegible] voient, il est vrai, dans ce fait, un délit
[illegible] difficultés que soulèverait presque toujours
[illegible] aussi peu caractérisée que serait

[illegible]
[illegible] pénal [illegible], p. 297.

gation au faux témoignage, ont conduit la législation fran-
e à la négliger. D'où il suit que la subornation de témoins
se réalise que par le faux témoignage consommé, et que le
point de départ de la prescription de ce délit ne doit pas être placé au jour de l'instigation, mais au jour où le témoin incité a achevé sa déposition.

L'incrimination spéciale de la subornation de témoins semble donc inutile, puisque ce fait est un acte de complicité d'une autre infraction, déjà prévue. Ce serait vrai, si l'article 365 se bornait à faire l'application pure et simple de l'article 60 du Code pénal. Mais cette disposition a une tout autre portée. Sans doute, la subornation de témoins est une provocation au faux témoignage, et, par ce caractère, elle constitue plutôt un acte de complicité qu'un délit indépendant et distinct. Mais la participation au faux témoignage, qu'elle implique nécessairement, comprend, non seulement les moyens de provocation spécifiés par l'article 60, mais toute *séduction* quelconque, à l'aide de laquelle on engage un témoin à déposer contre la vérité. C'est pourquoi il fallait un texte spécial pour donner à ce mode de provocation un caractère délictueux. Tel est l'objet, telle est la portée de l'article 365. Ce point de vue nous paraît rationnel, à condition de ne pas l'exagérer. Ce n'est pas évidemment la simple demande d'un faux témoignage qui constitue la subornation, c'est l'*excitation à le commettre* par des moyens quelconques, la *sollicitation*, la *prière*, l'*emploi de la persuasion*, *de la compassion*, etc., l'*hypnotisme*, etc., en un mot la *séduction*. Or, l'expérience démontre que ces moyens, en général impuissants à entraîner le provoqué à commettre des crimes graves, exercent, sur l'esprit de beaucoup de personnes, une influence suffisante pour les déterminer à faire une fausse déposition. Le mensonge, en justice, surtout pour sauver un accusé, rendre service à un ami, nuire à un ennemi, est plus facilement commis que ne le serait tout autre crime.

Par conséquent, dans le système qui nous paraît consacré par la loi française, si la subornation de témoins n'est qu'un acte de complicité du faux témoignage, c'est un acte de complicité spécial, un fait délictueux *sui generis*. Ce double caractère expli-

b) Quels sont donc les éléments matériels de cette incrimination? Tous les modes de complicité, énoncés dans l'article 60, sont, bien entendu, compris dans la subornation; mais la subornation peut résulter de faits autres que ceux énumérés dans l'article 60. Est-ce à dire que la *simple demande* d'un faux témoignage, que le *fait d'engager* un témoin à déposer faussement, le fait de le *provoquer*, même en dehors des conditions de l'article 60, constitue la subornation? Nullement, car ce qui caractérise la subornation, c'est la *séduction* que l'on exerce sur le témoin par des moyens quelconques, c'est l'emploi « de suggestions ou excitations dolosives, adressées à des personnes appelées à déposer sous la foi du serment, et de nature à les amener à faire des déclarations contraires à la vérité[13]. » On a sollicité le témoin, on a employé la persuasion, on a excité des sentiments de passion ou de haine, etc.; ces moyens, qui ne rentreraient pas précisément dans les termes de l'article 60, seront suffisants pour caractériser cette complicité spéciale que la loi punit sous le nom de subornation[14]. Il y a donc subornation de témoins, lorsqu'on parvient, *par un moyen quelconque*, à inciter une personne pour la déterminer à faire une déposition fausse[15].

donne satisfaction à l'article 365, mais on ne s'expose pas au danger d'une qualification incomplète. »

[13] Cette théorie est combattue par MM. Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1826 et suiv., ainsi que par M. Villey, en note sous Cass., 7 décembre 1883 (S. 85. 1. 466). Conf. Cass., 25 août 1876 (*B. cr.*, n° 195). Voy. également les arrêts cités à la note 11.

[14] Il résulte pratiquement de cette manière de concevoir l'incrimination que la question de *provocation* n'est pas légalement équivalente à celle de *subornation de témoins*. Dans une espèce où la question avait été ainsi posée au jury : « X... est-il coupable d'avoir, en tel lieu provoqué N... à faire un faux témoignage, qui a eu lieu effectivement ? » la Cour suprême a dit que « la réponse affirmative du jury à cette question n'a pas résolu une question de crime de subornation de témoins réunissant les caractères légaux constitutifs de ce crime, mais qu'elle a résolu seulement une question de provocation de faux témoignage qui a eu lieu effectivement, laquelle question n'est pas légalement équivalente à celle de surbornation de témoins prévue par l'article 365. » Cass., 30 mai 1851 (S. 52. 1. 155). Comp. Cass., 22 févr. 1855 (S. 55. 1. 47); 1er mars 1855 (S. 55 1. 472).

[15] La subornation par supercherie est, par conséquent, incriminée comme

2033. La subornation étant une complicité spéciale du faux témoignage, deux procédés légaux peuvent être employés pour formuler les questions au jury [16].

1° Relever d'abord l'existence d'un faux témoignage dans une question abstraite et impersonnelle relative à ce crime, puis la faire suivre de la question relative au suborneur. L'acquittement de l'auteur principal n'empêchant pas la condamnation du suborneur, il ne faut pas, en effet, lier, par référence de la question relative au suborneur à la question relative au faux témoin, le sort de l'un au sort de l'autre.

2° Mais il est préférable de ne poser qu'une seule question, relatant, tout à la fois, les éléments du crime principal de faux témoignage et ceux de la subornation. Cette manière de formuler n'encourt pas le reproche de complexité, à raison de la nature de la subornation qui est une complicité spéciale [17].

3° La subornation de deux témoins peut, à raison des circonstances différentes de temps, de lieu et d'emploi de moyens, constituer deux crimes distincts sur lesquels, dès lors, il est nécessaire, à peine de nullité, d'interroger le jury séparément [18].

§ CXXV. — DU FAUX SERMENT.

(C. p., art. 366).

2034. L'incrimination se restreint au faux serment en matière civile. — **2035.** Histoire de la question. Difficulté qui se présente. — **2036.** Des deux espèces de serment, décisoire et supplétoire. — **2037.** Du serment décisoire. La preuve du parjure ne peut être faite que par le ministère public. L'action civile est interdite. — **2038.** Du serment supplétoire. — **2039.** La législation civile ne permet pas de constater le parjure. La législation pénale le punit. Combinaison

la subornation par provocation directe. Le fait de surprendre la crédulité d'un individu par des manœuvres employées dans le but de le tromper sur les circonstances au sujet desquelles il doit déposer en justice me paraît, en effet, rentrer dans les prévisions de la loi, qui s'est abstenue d'indiquer les caractères de la subornation. *Sic*, Blanche, t. V, n° 394. Mais en sens contraire : Cass., 9 septembre 1852 (S. 53. 1. 314).

[16] Voy. sur ce point : Blanche, t. V, n°s 396 à 398.

[17] Cass., 23 janvier 1891 (D. 91. 1. 326).

[18] *Sic*, Cass., 2 juill. 1857 (B. n° 249); 26 juin 1862 (D. 63. 5. 369).

il faut réprimer le faux serment et, en cas d'affirmative, imposer des conditions et des restrictions spéciales à l'exercice de l'action publique. La difficulté naît du conflit entre les conceptions pénales et les conceptions civiles, difficilement conciliables.

2036. Le serment judiciaire est celui qu'une partie défère à l'autre, ou que le tribunal défère à une partie, pour en faire dépendre la solution du procès ou le montant de la condamnation. C'est un *incident* qui se rattache à la preuve, car, tantôt, le serment la rend inutile, tantôt il la complète et l'achève. On distingue, en effet, deux sortes de serment judiciaire : 1° le *serment décisoire*, qu'une partie défère à l'autre, serment qui donne gain de cause à celui qui le prête et qui entraîne la condamnation de celui qui le refuse; 2° le *serment supplétoire*, que le tribunal défère d'office à l'une ou à l'autre des parties pour compléter sa conviction.

2037. Dans un certain sens, le serment décisoire est une *transaction*, puisque l'un des plaideurs s'en remet, en le déférant, à la conscience de son adversaire et consent à succomber si celui-ci prête le serment qu'on lui propose. De ce point de vue résultent deux conséquences : 1° Le serment prêté est inattaquable, et la preuve du parjure interdite, soit qu'on s'offre de s'inscrire en faux contre l'acte authentique sur le contenu duquel le serment a été prêté, soit qu'on veuille attaquer, par les voies de recours ordinaires ou extraordinaires, le jugement rendu en faveur de celui qui a juré. 2° Le ministère public seul peut poursuivre, sous la prévention de parjure, la partie qui a prêté le faux serment. Mais celle qui l'a déféré ne peut, afin d'obtenir des dommages-intérêts, ni figurer dans cette instance, en s'y constituant partie civile, ni citer directement, à sa requête, son adversaire, devant les tribunaux de répression, ni se prévaloir de la condamnation du parjure pour faire revivre les droits éteints par le faux serment[3]; elle doit subir jusqu'au bout, les

serment est donc bien un délit contre l'administration de la justice; il doit être réprimé à ce titre, mais seulement à ce titre.

[3] C'est ce qui a été affirmé dans les travaux préparatoires du Code pénal : V. Locré, t. XXX, p. 490 et 533. Comp. Cass., 21 août 1834 (D. A. v°

[illegible] ES PARTICULIERS.

[illegible] parjure [illegible]

[illegible] instruction [illegible]

[illegible] faux [illegible]

[illegible]

[illegible] Rom, [illegible]

[illegible] parjure peut porter plainte, la plainte est [illegible] de partie civile C. instr. crim., [illegible] t. V, n° 407. Mais ce n'est pas l'article [illegible] l'action non recevable.

ministère public, la faculté de prouver la fausseté du serment[5]. Cette preuve se décompose ainsi: 1° Il faut que le ministère public établisse, au préalable, sous sa véritable physionomie, le fait sur lequel le serment a été déféré; 2° Il faut ensuite qu'il démontre qu'un serment a été prêté pour affirmer ou nier ce fait contrairement à la vérité. Si la preuve offerte par le ministère public n'est soumise, au second point de vue, à aucune entrave, elle n'est recevable, au premier, que dans les termes de la loi civile[6]. Par conséquent : 1° La preuve par témoins n'est admise, ni pour les faits juridiques dont l'intérêt dépasse 150 francs, ni pour ceux que la loi prescrit de constater par écrit, quelque intérêt qu'ils représentent (C. civ., art. 1341); 2° Dès qu'un fait juridique est constaté par écrit, peu importe l'intérêt qui s'y attache: il est interdit de prouver par témoins outre et contre le contenu de l'acte. (C. civ., art. 1341). Ces principes reçoivent exception : s'il existe un commencement de preuve par écrit (C. civ., art. 1347) ; si le demandeur n'a pu se procurer une preuve écrite (C. civ., art. 1348); s'il s'agit d'une affaire commerciale[7]. Ajoutons que, dans le cas où l'inculpé ferait l'aveu judiciaire de la fausseté du serment, on aurait

[5] La juridiction criminelle saisie de poursuites pour faux témoignage, ne peut être arrêtée ni par une question de compétence ni par une question de chose jugée. Ainsi le prévenu ne saurait être fondé à soutenir que les juges correctionnels, en le condamnant pour faux serment en matière civile, auraient violé les règles de la compétence et méconnu l'autorité de la chose jugée, sous prétexte qu'au moyen du serment supplétoire qui lui a été déféré et qu'il a prêté, la demande de son adversaire a été rejetée par un arrêt définitif, qui ne peut être attaqué devant la juridiction correctionnelle. « Admettre le contraire, comme le dit un arrêt de la Cour de cassation du 17 mai 1878 (S. 78. 1. 487), serait poser un obstacle infranchissable à l'exercice du pouvoir des tribunaux de répression. »

[6] Voy. pour la doctrine : Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1834; Blanche, t. V, n° 403. Cette solution se trouve, du reste, affirmée dans les travaux préparatoires du Code pénal. V. Locré, t. XXX, p. 532.

[7] Sur tous ces points, la jurisprudence est conforme à l'opinion énoncée au texte. Voy. les nombreux arrêts cités et analysés par Blanche, t. V, n° 403. *Adde*, Cass., 22 mars 1878 (S. 79. 1. 233); 12 décembre 1878 (S. 80. 1. 236); 17 mai 1878 (S. 78. 1. 487); Rennes, 8 mars 1882 (D. 84. 2. 143).

2043. Le délit de *calomnie* n'existe plus dans la législation française : il a été remplacé par une double incrimination, celle de la *diffamation* et celle de *l'injure*.

2044. Pour que le délit de diffamation existe et soit caractérisé, il faut, en dehors de l'existence d'une victime, la réunion de trois éléments. Le premier (L. 29 juillet, 1881, art. 29 § 1), c'est « l'allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé. » Le second est commun à tous les délits de presse ; c'est la publicité par l'un des procédés qu'énumère l'article 23 de la loi de 1881. Le troisième, c'est l'intention de nuire. Que le fait imputé soit vrai ou faux, peu importe : la loi ne distingue plus, comme le faisait le Code pénal, la médisance et la calomnie. Les articles 367, 368 et 370 du Code pénal, aujourd'hui abrogés, n'admettaient d'ailleurs la preuve de la vérité du fait diffamatoire que dans des conditions restreintes : cette preuve ne pouvait résulter que d'un jugement ou de tout autre acte authentique. Hors ces deux cas, nul moyen pour l'auteur de l'imputation d'éluder la peine : il était considéré comme un calomniateur. Sous le régime de la loi actuelle, comme sous le régime de la loi de 1819, la production d'un jugement ou d'un acte authentique serait sans utilité : le diffamateur invoquerait en vain que le fait imputé est notoire, connu de tout le monde, qu'il y a eu condamnation.

2045. « Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective, qui ne renferme l'imputation d'aucun fait, est une injure », dit l'article 29 § 2, de la loi du 29 juillet 1881 : c'est la reproduction textuelle de l'article 13 de la loi du 17 mai 1819. L'injure, selon qu'elle est publique ou non[2], constitue un délit ou une contravention. C'est de la première seule que s'occupe

[2] Aux termes des articles 33 §§ 2 et 3, et 45 §§ 2 et 3, de la loi du 29 juillet 1881, qui a abrogé les lois des 17 et 26 mai 1819, comme tous les autres actes législatifs antérieurs sur la presse (art. 68), l'injure est de la compétence du tribunal correctionnel ou du tribunal de police, selon qu'elle est publique ou non publique et sans qu'il y ait à distinguer si elle renferme ou non l'imputation d'un vice déterminé.

saient la non révélation de certains crimes, ayant été abrogés lors de la revision de 1832. Lorsque les faits révélés sont reconnus inexacts, la personne qui a été victime de la dénonciation peut intenter, en vertu de l'article 1382 du Code civil, une action en dommages-intérêts, contre le dénonciateur, si celui-ci a commis une *faute*, c'est-à-dire a été téméraire ou imprudent. Mais lorsqu'à la faute s'ajoute un *dol*, lorsque, de mauvaise foi, pour servir non les intérêts de la justice mais ceux de la haine, un individu dénonce aux autorités compétentes un autre individu comme auteur de faits répréhensibles, sachant que la dénonciation est fausse, le fait est puni par l'article 373. Ce délit porte le nom de *dénonciation calomnieuse*[1].

2047. Pour que le délit existe, il faut : 1° qu'il y ait eu dénonciation[2] ; 2° que les faits imputés soient graves ; 3° que la dénonciation ait été faite, par écrit à un officier de justice ou de police administrative ou judiciaire ; 4° que les faits aient été reconnus faux ; 5° que la dénonciation ait été portée de mauvaise foi. Les quatre premiers éléments tiennent à la *matérialité*, les deux derniers, à la *moralité* du délit[3].

La loi ne fait aucune distinction entre les *particuliers* et les *fonctionnaires publics :* elle s'applique à « quiconque » porte une dénonciation calomnieuse, même dans l'exercice de ses fonctions[4].

§ CXXVII. [1] Article 373. « Quiconque aura fait par écrit une dénonciation calomnieuse contre un ou plusieurs individus, aux officiers de justice ou de police administrative ou judiciaire, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cent francs à trois mille francs ».

[2] L'expression « dénonciation » n'est pas prise ici dans son sens technique, et comprend la *dénonciation proprement dite*, qui est l'œuvre d'un tiers désintéressé, et la *plainte*, qui est l'œuvre d'une personne ayant souffert du délit. Cass., 14 mai 1869 (D. 70. 1. 437).

[3] Sur les éléments de la dénonciation calomnieuse : FABREGUETTES, *Traité des infractions*, t. II, nos 1409 et suiv., p. 45 ; G. BARBIER, *Code expliqué de la presse*, t. II, n° 594.

[4] Même aux dépositaires de l'autorité publique qui font la dénonciation dans l'exercice de leurs fonctions. *Sic*, BLANCHE, t. V, n° 415 ; Cass., 22 décembre 1827 (S. *Coll. nouv.* t. VIII, 1. 728), 8 août 1835 (S. 35. 1. 401).

[illegible] dans une *dénonciation* [illegible] de faits qu'on impute [illegible] caractérisent donc, à [illegible] *l'imputation d'un fait*, [illegible]

[illegible] est la *spontanéité*[3], [illegible] mouvement, s'il est [illegible] l'administration ou [illegible] renseignements ou son [illegible] dénoncé, car toute dénonciation suppose une [illegible] la volonté de provoquer l'administration [illegible] connaître des faits qu'elle [illegible] possible, si les personnes [illegible] d'être poursuivies pour dénonciation calomnieuse.

[illegible] est ou non spontanée, [illegible] intervient. Les actes d'instruction [illegible] dans le but d'éclairer [illegible] influence sur [illegible] que l'autorité, à

[illegible] par la jurisprudence [illegible] calomnieuse dans une [illegible] reposer comme [illegible] Toulouse, 5 avril 1887 [illegible] d'assimiler à la [illegible] les déclarations faites par [illegible] de recueillir des renseignements [illegible] Cass., 22 mai 1885 [illegible] 9 mars [illegible] la question de spontanéité [illegible] les juges du [illegible] et implicitement [illegible] Sur le caractère de spontanéité : [illegible] (op. cit., [illegible] article [illegible] faussement [illegible] dénonciation calomnieuse, on deviendra punissable. » Mais la question est précisément de savoir quand il y aura *dénonciation*.

Cass., 9 mars 1889 (D. 90, 1, 387)

laquelle on a dénoncé un fonctionnaire, aurait démandé, au dénonciateur, des indications plus précises, sur les faits dénoncés, ne retire pas à la dénonciation sa spontanéité.

b) La dénonciation a en vue une personne déterminée, un ou plusieurs individus[7]. Il appartient aux juges du fait d'apprécier et de constater souverainement, d'après les circonstances de la cause, quelle est la personne qui, n'ayant pas été dénommée, a cependant été désignée dans l'écrit qui sert de base à la poursuite[8].

Mais on ne pourrait rechercher, sous la qualification de dénonciation calomnieuse, la déclaration faite à un officier public d'un délit imaginaire, lorsqu'aucune personne n'est désignée comme étant l'auteur de ce délit[9]. A l'inverse, si le délit imaginaire est imputé par le dénonciateur à une personne déterminée, la simulation n'est pas exclusive de la calomnie.

c) Pour que le délit existe, il ne suffit pas qu'il y ait dénonciation de soupçons, mais imputation positive d'un fait. A ce point de vue, on peut rapprocher l'élément matériel de la dénonciation calomnieuse et l'élément matériel de la diffamation.

[6] *Sic*, Cass., 30 mai 1862 (D. 64. 5. 93). Comp. Angers, 31 janvier 1876 (D. 76. 2. 50); Cass., 4 février 1886 (*B. cr.*, n° 38).

[7] La dénonciation, visant un « corps constitué », bien que pouvant provoquer, aux termes de la jurisprudence, une action disciplinaire contre ce corps, ne donnerait pas lieu à une poursuite pour dénonciation calomnieuse. Les expressions de la loi sont caractéristiques : dénonciation calomnieuse contre *un* ou *plusieurs individus.* »

[8] A ce point de vue, même règle que pour la diffamation. Comp. FABREGUETTES, *op. cit.*, t. I, n°s 1080 et 1081 ; Paris, 5 décembre 1892 (*Gaz. des trib.* n° 31, déc. 1892).

[9] Le Code pénal italien (art. 211) punit, sous la qualification de simulation d'infraction (*falsa confessione*), le fait de celui qui dénonce mensongèrement une infraction non perpétrée, ou le fait de celui qui, par suite de concert avec les prévenus et comme prix d'un marché, se déclare l'auteur d'une infraction qu'il n'a pas commise. Ces deux dispositions font défaut dans beaucoup de législations, notamment dans le Code pénal français. On en est réduit, en France, à poursuivre, comme inculpé, soit d'outrage envers l'autorité, soit quelquefois de faux, celui qui commet de pareils actes. V. égal. *Journ. du dr. crim.*, art. 10358. Même lacune dans les Codes d'Allemagne, d'Autriche, de Belgique, de Grèce, de Hongrie, etc., à la différence du Code du Tessin qui prévoit ces délits (art. 177).

2048. Le pre
c'est-à-dire dans l
à une personne d
ce point de vue
la *désignation*

a) Le caract
Si le préve
seulement
de la just
témoigna
dénonci
voquer
ignore
perso
dénon

D
tan
d'in

es, telles qu'une révocation, une translation ou un changement le résidence, ou des poursuites disciplinaires, etc. La situation fficielle de la victime peut, en effet, souffrir d'imputations, nefficaces, sans doute, pour mettre en mouvement l'action pu-lique, mais suffisantes pour produire le dommage spécial que e dénonciateur a voulu causer en s'adressant à l'autorité [11].

Entre ces deux formes de dénonciation, il en est une troisième ui échappe, en France, à l'application de l'article 373 : c'est ı dénonciation calomnieuse, adressée à un supérieur contre son ubordonné, à un maître contre son domestique, à un patron ontre son ouvrier ou son employé, à une compagnie de che-ins de fer contre un de ses agents, etc. La forme, dans laquelle ı calomnie se manifeste, a pour but et doit avoir pour résultat e priver la victime de sa position ou de diminuer sa situation : lle ne porte donc pas seulement atteinte à l'honneur et à la onsidération de la personne dénoncée comme la diffamation rdinaire; et la circonstance seule que l'imputation est faite uprès d'un supérieur contre son subordonné doit donner aux gissements du coupable le caractère de dénonciation calom-ieuse bien plus que celui de diffamation. Ce point de vue, qui st accepté par quelques législations étrangères [12], n'est pas celui lu Code pénal français.

[11] Sur cette distinction : Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1851. Moins net : Blanche, t. V, n° 418. Cet auteur prétend qu'il suffit que la dénonciation xpose la victime au « mépris des honnêtes gens ». Mais cette expression u'on trouve, il est vrai, dans un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 844 (*B. cr.*, n° 202), ne traduit certes pas le caractère particulier du préudice que fixe l'article 373. La distinction est implicitement faite par la ju-isprudence. Voyez pour la gravité des faits imputés à des particuliers : Cass., 10 novembre 1853 (D. 53. 5. 154); 25 avril 1862 (D. 63. 5. 115); juillet 1864 (D. 65. 5. 115); 23 mai 1867 (D. 68. 5. 133). Pour les faits nputés à des fonctionnaires, officiers ministériels, employés : Cass., 30 mai 862 (D. 64. 5. 93); 13 avril 1876 (D. 78. 1. 44); 24 avril 1874 (D. 76 5. 56); 17 février 1881 (D. 82. 1. 47); 10 août 1882 (D. 83. 1. 275); 2 juillet 887 (D. 88. 5. 157). Il a été décidé par la Cour de cassation qu'une cour 'appel s'explique suffisamment sur la gravité des faits imputés au fonction-aire en déclarant « qu'ils pouvaient attirer sur lui les justes sévérités de 'administration ». Cass., 2 déc. 1892 (D. 93. 1. 365).

[12] L'article 445 du Code pénal belge considère, comme une dénonciation

2050. La troisième condition du délit, c'est que la dénonciation ait été faite, par écrit, aux officiers de justice ou de police, administrative ou judiciaire.

« En exigeant que la dénonciation se fixe dans un écrit, la loi a voulu qu'elle fût réfléchie, elle a aussi voulu baser sur un texte invariable et irrécusable, la matérialité de l'infraction[12]. Mais si ce caractère est nécessaire[13], il est suffisant. Aucune autre forme n'est prescrite. D'une part, l'écrit, qui contient la dénonciation, peut être rédigé, soit par le dénonciateur en personne, soit sur sa provocation, par un tiers[14]. Il peut être signé ou non, pourvu qu'il résulte des termes de la dénonciation, si elle est anonyme, que l'auteur a voulu réellement se porter dénonciateur[15]. Il peut consister aussi bien dans le procès-verbal d'une plainte déposée entre les mains de l'autorité, que dans une lettre quelconque[16], dans une pétition[18], dans un mémoire produit en

[illegible] le fait de « celui qui aura adressé par écrit à une personne des imputations calomnieuses contre son subordonné ».

[illegible] Blanche, t. V, n° 421.

[illegible] Voy. Toulouse, 5 avril 1887 (D. 88. 2. 8). Du reste, il appartient aux [illegible] du fait de décider souverainement qu'il existe dans la cause un écrit [illegible] la base à la dénonciation, ainsi que l'exige l'art. 373 du Code [illegible] 10 février 1888 (D. 88. 1. 139).

[illegible] n'a pas exigé que l'écrit soit dressé par le dénonciateur [illegible]. Voy. Bruxelles, 23 mars 1876, *Pasicrisie belge*, 1876. 2. 343).

[illegible] la dénonciation est faite aux officiers de police judiciaire qui [illegible] il nécessaire qu'elle remplisse toutes les conditions [illegible] l'article 31 du Code d'instruction criminelle? La jurisprudence de la Cour de cassation, après avoir varié sur la question, est [illegible] dans le sens de la négative. Voy. Cass., 24 décembre [illegible] 1859, [illegible] mai 1860 (D. 60. 1. 416); 1er mai 1868 (D. 68. 1. [illegible] 1864 (D. [illegible] 5. 150); Bourges, 21 novembre 1878 (D. 79. [illegible]).

[illegible] la législation, en se bornant, dans l'article 373, à exiger que la [illegible] soit faite par écrit, sans référence à l'article 31, n'a pas voulu [illegible] la poursuite de la dénonciation calomnieuse à l'accomplissement [illegible] prescrite par l'article 31. La doctrine est conforme à cette [illegible] Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1835; Blanche, t. V, n°s 421 et suiv.

[illegible] Voy. Blanche, t. V, n° 421 et les arrêts qu'il cite. *Adde*, Cass., 27 mars [illegible] n° [illegible]

Cass., 17 février 1881 (D. 82. 1. 47); 5 juillet 1857 (D. 57. 1. 377).

justice par son auteur pour la défense de ses intérêts[19], dans une délibération de conseil municipal. Enfin, il importe peu que l'écrit soit manuscrit ou imprimé[20]. D'autre part, bien que la nécessité d'un écrit soit une condition même de la dénonciation punissable, la poursuite de ce délit n'est pas subordonnée à la représentation de l'acte à l'aide duquel il a été commis. La preuve de l'existence du corps de délit sera faite, dans ce cas, à l'appui, soit de l'action publique, soit de l'action civile, d'après les règles du droit commun relatives à l'instruction et à la preuve[21].

b) La dénonciation calomnieuse n'est punissable que lorsqu'elle a été faite « aux officiers de justice ou de police administrative ou judiciaire ». Lors de la discussion de l'article 373 au Conseil d'Etat, on supprima les mots : *soit au gouvernement*, qui se trouvait dans le projet primitif. Mais la jurisprudence n'a pas eu égard à cette suppression qui tendait à restreindre les prévisions de l'article 373 aux dénonciations dont parle le Code d'instruction criminelle; elle a considéré, en consultant l'esprit plutôt que le texte de la loi, qu'on avait en vue toute dénonciation faite par écrit à une *autorité* quelconque, civile, militaire ou ecclésiastique. Pour constituer le délit, il suffit, en effet, que la dénonciation calomnieuse soit de nature à porter préjudice au dénoncé : par conséquent, que l'autorité, à laquelle elle a été adressée, ait le pouvoir, soit d'intenter, d'ordonner, de provoquer des poursuites ou une enquête à raison des faits dénoncés, soit d'infliger au dénoncé des peines disciplinaires, soit enfin de le priver d'un avantage sur lequel il pouvait légitimement compter, un emploi, un avancement, une distinction

[19] Cass., 1er mars 1860 (D. 61. 5. 376). Il importe de remarquer que l'immunité établie par l'article 25 de la loi du 17 mai 1819 et reproduite par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, aux termes desquels les discours et les écrits produits devant les tribunaux ne donnent lieu à aucune action ou diffamation, à moins que les faits diffamatoires ne soient étrangers à la cause, est spéciale au délit de diffamation et ne saurait être étendue au délit de dénonciation calomnieuse.

[20] Cass., 1er mars 1860 (S. 60. 1. 768); 9 novembre 1860 (S. 61. 1. 296).

[21] *Sic*, Cass., 4 mai 1860 (D. 60. 1. 416).

honorifique, etc. Le texte est donc lu par la jurisprudence comme s'il contenait simplement ces mots : dénonciation fait « *à l'autorité* [22] ».

Est-il nécessaire que la dénonciation calomnieuse, faite pa écrit, ait été adressée *directement* aux officiers de police admi nistrative ou judiciaire? De tristes mœurs politiques ont donn naissance à une nouvelle forme de dénonciation, plus lâche e plus dangereuse que la dénonciation directe elle-même : un indi vidu, qui veut nuire à un fonctionnaire, s'improvise correspon dant d'une feuille plus ou moins complaisante, emprunte les co lonnes du journal pour y faire insérer une dénonciation anonym et adresse cette feuille aux autorités qui ont qualité pour ré primer les faits dénoncés. Ce sont surtout les petits employés les fonctionnaires infimes, qui sont victimes de ces basses ven geances. A la lecture de l'entrefilet dénonciateur, une enquêt

[22] D'après l'arrêt de la Cour de cassation du 12 avril 1851 (D. 52. 5. 199) « la qualification d'officier de police administrative ou judiciaire s'étend à tous ceux qui, dans les administrations publiques, exercent une autorité disciplinaire sur leurs subordonnés, et peuvent être entraînés, par une dénonciation calomnieuse, à frapper injustement de suspension, de destitution ou de toute autre mesure répressive, la personne dénoncée. » Et la Cou décide, en conséquence, qu'un évêque auprès duquel une dénonciation a été portée contre l'un des ecclésiastiques qui lui sont subordonnés, peut être considéré comme un officier de police judiciaire ou administrative, conformément à l'article 373. Dans le même sens : Agen, 23 déc. 1896 (S. 99. 2. 62) Conf. Toulouse, 8 avr. 1887 (D. 88. 2. 8); Bordeaux, 9 mars 1896, Rennes 1er mars 1898 (D. 98. 2. 467) ; Poitiers, 24 déc. 1893 (D. 94. 2. 166). Ainsi il a été jugé que : 1° la qualification d'officier de justice appartient au ministre de la justice Cass., 30 oct. 1896, (D. 97. 1. 470); 2° un autre arrêt a donné à ce même ministre la qualification « d'officier de police administrative ». Cass. 5 mars 1891 (D. 92. 1. 107); 3° un président de chambre de notaires a été considéré comme un officier de police administrative (Poitiers, 29 déc. 1893 D. 94. 2. 166) ; 4° les gendarmes en tant qu'intermédiaires entre les dénoncia teurs et le procureur de la République, ont été qualifiés d' « officiers d police judiciaire ». Toulouse, 5 avril 1887, précité. — Pour éviter tout difficulté, l'article 44 du Code pénal belge punit : « Celui qui aura fait pa écrit à *l'autorité* une dénonciation calomnieuse. » Le texte, ainsi modifié est certainement plus conforme à l'esprit de la loi. Mais nous faisons observer que l'art. 373 est interprété par la jurisprudence française comme s'il en ces termes généraux.

est ouverte par les chefs hiérarchiques, s'il s'agit d'un fait administratif ou disciplinaire; par les officiers de justice, s'il s'agit d'un fait tombant sous l'application de la loi pénale; les actes dénoncés sont reconnus faux; la victime reste-t-elle désarmée[23]? Nous ne le pensons pas; il serait regrettable de laisser impunis de tels actes. Tous les éléments de la dénonciation calomnieuse se rencontrent, en effet, dans l'espèce. Il y a bien une dénonciation *par écrit*, puisqu'il importe peu que cet écrit soit imprimé et anonyme, ou manuscrit et signé. La dénonciation est également punissable, non seulement lorsqu'elle est clandestine, mais encore lorsqu'elle se produit au grand jour[24]. Et, enfin, ce qu'il suffit d'établir, c'est qu'elle est parvenue à son adresse par la volonté de celui-là même qui a porté l'imputation calomnieuse, alors même que ce dernier aurait pris un moyen indirect, et un intermédiaire, pour l'adresser à l'autorité compétente.

2051. L'élément moral de la dénonciation résulte, tout à la fois, de la *fausseté des faits* et de la *mauvaise foi* de celui qui les signale[25]. Si une dénonciation ne peut pas être calomnieuse sans être fausse, elle peut être fausse sans être calomnieuse. Mais comment et par quelles circonstances se caractérise la *mauvaise foi* du prévenu?

Celui qui impute à quelqu'un des faits inexacts *sans savoir* qu'ils sont faux, et par conséquent, *sans vouloir le calomnier*, n'est certainement pas coupable de dénonciation calomnieuse. Il peut avoir commis une *faute*, en agissant à la légère, une imprudence, donnant lieu à l'application de l'article 1382 du Code civil, lorsque l'individu dénoncé à tort en a souffert dans sa considération, sa fortune, sa liberté. Mais cet élément, le

[23] Ainsi que le prétend M. H. Peret, *De la réforme du Code pénal*, p. 58.

[24] *Sic*, Cass., 9 novembre 1860 (S. 61. 1. 299) : « Attendu que l'écrit ayant été rendu public par la voie de l'impression et par sa distribution, il en résultait, sans doute, que la plainte n'aurait été ni secrète, ni clandestine, mais que, dans le délit de dénonciation calomnieuse, la clandestinité de celle-ci n'est nullement une condition essentielle; qu'elle n'en est pas moins dangereuse lorsqu'elle se publie et s'imprime au grand jour. » Cfr. Blanche, t. V, n° 419.

[25] Conf. sur ce point : Blanche, t. V, n° 413. Voy. Cass., 10 février 1899 (D. 99. 1. 458).

[illegible] le trait distinctif de la *calomnie*, ne saurait être [illegible] ni. En pareil cas, du reste, la *responsabilité ci-* [illegible] gnant n'est ni effacée ni diminuée par l'erreur dans [illegible] magistrat instructeur a été entraîné par sa faute. [illegible] d'avoir dénoncé *sciemment* pour être coupable du [illegible] par l'article 373, ne faut-il pas encore l'avoir fait [illegible] *intention* et avec le *dessein de nuire à autrui?* En dé- [illegible] que le dénonciateur a eu conscience de la fausseté des [illegible] signalait à l'autorité, on a, par cela même, dé- [illegible] qu'il a eu la volonté de causer à sa victime le *préjudice* [illegible] qui pouvait être la conséquence de la dénonciation, la [illegible] *nnaissance* impliquant ici la *volonté* coupable. De sorte que [illegible] ment moral du délit de dénonciation calomnieuse, dont la [illegible] cherche et la constatation appartiennent souverainement aux [illegible] ges du fait, pourra être relevé sous l'une ou l'autre de ces deux [illegible] mes : tantôt simplement par voie de référence à la conscience qu'avait le dénonciateur de la fausseté des faits signalés ; tantôt par voie de référence à l'intention malveillante qui en résulte et qui consiste dans le dessein de tromper la justice[26]. Mais dès que la mauvaise foi du prévenu est établie, il est inutile de rechercher le *mobile* qui l'a fait agir, parce que ce mobile est sans influence sur sa criminalité légale[27].

2052. Le délit de dénonciation calomnieuse n'existe qu'autant que la fausseté des faits dénoncés a été préalablement constatée. Ce point ne peut faire doute. Mais : 1° la vérification de la fausseté des fais dénoncés constitue-t-elle une *question* simplement *préalable*, dont la solution rentre dans la compétence du tribunal correctionnel qui statue sur le délit? n'est-elle pas plutôt une *question préjudicielle* à faire trancher par une autorité dis-

[26] De nombreuses décisions de jurisprudence ont consacré cette règle, qu'une dénonciation ne peut être déclarée calomnieuse et punie comme telle, qu'autant qu'il est constaté, par le juge, qu'elle a été faite *méchamment* ou *à dessein de nuire :* Cass., 10 novembre 1853 (D. 53. 5. 154), 3 juillet 1857 (D. 57. 1. 377); 15 avril 1859 (D. 59. 5. 120). Comp. Paris, 24 juillet 1886 (*Gar. Pal.*, 84. 2. 234); Bastia, 25 juin 1890 (D. 91. 2. 164).

[27] Cass., 4 août 1888 (*B. cr.*, n° 266); 21 mars 1861 (D. 61. 5. 147); Bastia, 25 juin 1890 (D. 91. 2. 164); Cass., 4 mars 1891 (D. 92. 1. 107).

tincte ou tout au moins par un jugement séparé? 2° Si elle a ce dernier caractère, est-elle préjudicielle à l'*exercice* ou simplement au *jugement de l'action publique?* 3° Quelle est enfin l'*autorité compétente* pour en connaître?

2053. Il semble, au premier abord, difficile, en l'absence d'un texte formel, de faire exception au principe général de la compétence. La moralité du délit de dénonciation calomnieuse comprend, en effet, deux éléments : la *fausseté* du fait dénoncé, l'*intention* d'égarer l'autorité. Or, n'y a-t-il pas une relation intime, une liaison, presque nécessaire, entre la vérification des faits dénoncés et l'appréciation de l'intention du dénonciateur? Peut-on admettre que deux décisions, émanant de deux autorités différentes, doivent intervenir et concourir sur ces deux questions qu'il semble si difficile d'isoler l'une de l'autre? Cependant, il est reconnu, depuis longtemps, par la doctrine[28] et par la jurisprudence[29], que le tribunal correctionnel n'est pas, en

[28] Pour la doctrine : Blanche, t. V, n° 424. Voir cependant : Chauveau et Hélie, t. IV, p. 561.

[29] La question s'est présentée, pour la première fois, devant la Cour de cassation en 1816. Par son arrêt du 25 octobre 1816, elle a décidé que « l'article 373 suppose qu'il a été fait, devant des officiers de justice ou de police administrative ou judiciaire, une dénonciation de faits passibles, par leur nature, d'une répression judiciaire ou administrative, que ces faits ont été reconnus faux ou non prouvés, et qu'en conséquence, la personne dénoncée a été déclarée irréprochable sur ces faits par l'autorité dont la dénonciation avait provoqué les poursuites ; que c'est sur cette déclaration de l'autorité qui avait été saisie de la dénonciation que l'article 373 a établi une action publique et privée contre la dénonciation ; que le tribunal correctionnel, juge de cette action, n'a point à examiner de nouveau si les faits de la dénonciation sont vrais ou faux ; que, sous ce rapport, ils ont été légalement déterminés par l'autorité à laquelle ils avaient été dénoncés... ». Nous ne rappellerons pas les nombreux arrêts qui ont suivi, car la Cour de cassation n'a jamais varié sur ce point que l'on doit considérer comme définitivement résolu. Voy. G. Le Poittevin, *Vérification de la vérité des faits dénoncés au cas de poursuites pour dénonciation calomnieuse* (*Jour. des Parq.*, 1886, p. 92); Cass., 4 février 1882 (S. 85. 1. 93) et la note; 2 juillet 1887 (S. 89. 1. 287); 23 août 1894 (S. 95. 1. 208). Voici la formule que l'on retrouve dans tous les arrêts ; c'est que le délit de dénonciation calomnieuse n'existe qu'autant qu'une décision souveraine de l'autorité compétente a constaté la fausseté des faits dénoncés.

[illegible] de la fausseté des faits allégués. Cette solution [illegible] pas douter, du rapprochement de l'article 372, [illegible] abrogé en partie, et de l'article 373. Le Code pénal [illegible] effet, le délit de calomnie sous deux formes : sous sa [illegible] *calomnie* proprement dite), et sous sa forme ag- [illegible] *nciation calomnieuse*). Or, l'article 372, applicable [illegible] décidait que lorsque « les faits imputés seront punis- [illegible] la loi, et que l'auteur de l'imputation les aura dénon- [illegible] durant l'*instruction* sur ces faits, sursis à la poursuite [illegible] du délit de calomnie ». Ce texte, malgré l'abolition du délit de calomnie par la loi du 17 mai 1819, est resté en vigueur pour le délit de dénonciation calomnieuse auquel il se référait implicitement. Sa raison d'être, c'est que : 1° l'examen d'une question incidente aurait retardé l'expédition des affaires correctionnelles, en greffant ainsi un procès pénal sur un autre; 2° que cet examen aurait pu amener le tribunal correctionnel à résoudre incidemment une question beaucoup plus grave que celle du délit de dénonciation calomnieuse pour lequel il a compétence. C'est là, d'ailleurs, le double motif qui explique la plupart des questions préjudicielles [30]. On doit donc poser, en principe, qu'il faut qu'une décision définitive de l'autorité, dont la dénonciation avait provoqué les poursuites, intervienne, préalablement au jugement du délit de dénonciation calomnieuse. En laissant au tribunal, saisi de l'action en dénonciation, l'appréciation de l'intention criminelle qui a inspiré l'auteur de l'imputation, le Code pénal réserve à l'autorité judiciaire ou à toute autre autorité, compétente pour vérifier l'existence du fait imputé, la décision de la question de savoir si ce fait est vrai ou faux.

2054. Mais quel est le caractère de cette question préjudicielle? Le plus souvent, la poursuite en dénonciation calomnieuse n'est intentée qu'après vérification par l'autorité compétente de la fausseté de l'imputation. Mais si le tribunal est saisi avant que cette constatation ait été faite devra-t-il renvoyer purement et simplement le prévenu des fins de la plainte ? Y aura-t-il lieu

[30] Voy. sur ce point, MANGIN, *op. cit.*, p. 364.

au contraire, d'accorder un *sursis* pour faire statuer préalablement sur ce point par l'autorité compétente? Enfin, ce sursis sera-t-il facultatif ou obligatoire pour le tribunal? Autant de questions délicates à résoudre.

Si la fausseté des faits imputés est un élément constitutif du délit de dénonciation calomnieuse, il n'est pas exact de prétendre que le délit lui-même ne prend naissance qu'à l'instant où cette fausseté a été constatée par une décision de l'autorité compétente ; la calomnie existe, en effet, antérieurement à cette décision, qui ne fait qu'en reconnaître et en constater la condition délictueuse. En d'autres termes, l'élément du délit, ce n'est pas la *preuve fournie par la victime de la fausseté* du fait imputé, c'est la *fausseté* elle-même. En conséquence, la décision sur la vérité ou la fausseté des faits allégués n'est *préjudicielle* qu'au *jugement* du procès de dénonciation calomnieuse intenté devant le tribunal de répression ou devant le tribunal civil. Il en résulte que, soit la juridiction correctionnelle, soit la juridiction civile, saisie de la poursuite en dénonciation calomnieuse, doit *surseoir* à statuer, jusqu'à ce que la décision sur la vérité ou la fausseté des faits imputés soit intervenue. Ce sursis sera prononcé, sur la demande des parties, ou d'office par le tribunal, qui fixera un délai, pendant lequel la partie, à laquelle incombe la charge de la preuve, devra faire statuer sur la fausseté des allégations par l'autorité compétente[31]. Mais la vérification préjudicielle de cette condition de la dénonciation calomnieuse n'étant prescrite qu'au point de vue de la *preuve*, l'*aveu* du dénonciateur dispense le ministère public ou la partie civile de rapporter, préalablement au jugement, une décision de l'autorité compétente[32].

2055. L'autorité compétente pour vérifier la fausseté des faits dénoncés diffère suivant la nature de l'imputation. Il faut

[31] *Sic*, Cass., 23 octobre 1885 (S. 86. 1. 186), et la note. La fausseté du fait peut aussi résulter de décisions rendues pendant les débats : Poitiers, 1er mai 1895 (*Journ. du min. publ. et du droit crim.*), art. 3805.

[32] C'est ce que la Cour de cassation a décidé dans ses arrêts du 21 mai 1841 (S. 41. 1. 889, D. 41. 1. 318) et du 15 avril 1865 (D. 65. 1. 196). Dans le même sens : Orléans, 23 mars 1890 (D. 91. 2. 84).

'ois cas : 1° celui où les faits constituent une infrac- 2° celui où il s'agit d'actes administratifs ; 3° celui où les faits constituent un manquement aux devoirs professionnels, passible d'une peine disciplinaire, commis par un officier public ou ministériel.

2056. *Dénonciation d'un crime ou délit.* — La fausseté des faits, qui sont l'objet de la dénonciation ne peut résulter que d'une *décision judiciaire définitive* des tribunaux de répression[33], c'est-à-dire d'une ordonnance de non-lieu du juge d'instruction, d'un arrêt de non-lieu de la chambre d'accusation, d'un jugement ou d'un arrêt correctionnel, d'une décision de la cour d'assises. Cette formule comprend plusieurs propositions.

a) Il faut reconnaître, tout d'abord, que le refus du ministère public de poursuivre, ou le classement sans suite, au parquet, d'une plainte portée contre un individu, en raison d'un crime ou d'un délit qu'il aurait commis, ne saurait avoir le caractère d'une *décision* sur la fausseté des faits dénoncés[34]. Nulle part, en effet, la loi ne donne au ministère public le droit de juger du mérite de l'action publique. Il est vrai que si on n'assimile pas à une décision judiciaire le refus de poursuivre du parquet, on met la personne dénoncée dans l'impossibilité de demander au dénonciateur la réparation à laquelle elle a droit, car elle ne peut obtenir la preuve de la fausseté des faits articu-

[33] Il faut, bien entendu, que la décision soit définitive. Comp. Cass., 13 février 1864 (D. 67. 5. 130); 23 août 1894 (S. 95. 1. 208).

[34] Jurisprudence constante. Comp. pour les derniers arrêts : Alger, 28 décembre 1878 (D. A., supplément, v° *Dénonciation calomnieuse*, n° 33-2) Cass., 2 juillet 1887 (D. 88. 5. 157). On ne peut guère citer, en sens contraire, qu'un arrêt de Bordeaux du 22 avril 1857 qui est resté isolé. Mais lorsque la dénonciation porte sur des faits qui ne peuvent être jugés que sur les poursuites du procureur général, conformément aux articles 479 et 483 du Code d'instruction criminelle, le refus de poursuivre de ce magistrat peut-il être considéré comme une décision sur la fausseté des faits dénoncés? Hoffman (*op. cit.*, t. III, p. 201) et Haus (*op. cit.*, t. II, p. 404) le pensent. La Cour de cassation est du même avis : 11 novembre 1842 (*B. cr.*, n° 298); 16 décembre 1853 (*B. cr.*, n° 586); 24 avril 1874 (D. 76. 5. 1. 156). Mais il nous paraît difficile d'adopter une opinion qui a pour résultat d'attribuer à un magistrat du parquet un *droit de juridiction* sur l'action publique. Comp. Bastia, 25 juin 1890 (D. 91. 2. 164).

les contre elle que par l'intermédiaire du procureur de la République. Mais cet inconvénient, plus apparent que réel[35], ne saurait prévaloir contre une règle de compétence.

b) A l'inverse, la fausseté des faits dénoncés résulte suffisamment d'une ordonnance ou d'un arrêt portant qu'il n'y a lieu de suivre[36]. Sans doute, ces décisions n'ont force de chose jugée qu'*en l'état* et tant qu'il ne survient pas de nouvelles charges. Mais, *au moment* où l'on invoque leur autorité devant le tribunal, elles ont un caractère définitif. Du reste, si on ne considérait pas ces décisions comme définitives, l'action en dénonciation calomnieuse serait indéfiniment suspendue et le dénonciateur échapperait à toute punition. Une ordonnance portant refus d'informer, constituant une décision rendue sur l'action publique et l'arrêtant, aurait, à notre avis, le même effet qu'une ordonnance de non-lieu.

c) Si la dénonciation n'est pas arrêtée par une décision de non-lieu, il arrivera souvent que le même tribunal correctionnel sera compétent, *ratione loci*, pour reconnaître la fausseté des faits dénoncés et statuer, ensuite, sur le délit de dénonciation

[35] En pratique, il sera bien rare, en effet, que le procureur de la République refuse de saisir le juge d'instruction ou le tribunal, pour faire constater la fausseté des faits et permettre au dénoncé de poursuivre ensuite pour l'application de l'article 373. Si, par impossible, un refus se produisait, l'intéressé se plaindrait au procureur général et, s'il y avait lieu, au garde des sceaux. Enfin, dans le cas de refus de poursuite de la part de ceux-là qui pourraient agir, il resterait à la personne, qui se prétend calomnieusement dénoncée, l'action en diffamation.

[36] Jurisprudence constante. Comp. Cass., 19 juin 1852 (D. 53. 5. 156); 24 novembre 1874 (D. 62. 5. 115); 23 novembre 1877 (D. 78. 1. 282). La Cour de Bruxelles a eu occasion, en Belgique, de se prononcer sur la question. Elle a décidé, dans un arrêt du 28 mars 1883 (D. A., supplément, v° *Dénonciation*, n° 31-1), qu'une ordonnance de non-lieu, non frappée d'opposition, est une décision définitive, qui suffit pour établir la fausseté des faits dénoncés; le prévenu alléguerait en vain qu'il y a des charges nouvelles, si son allégation n'a pas donné lieu à une reprise de procédure par le ministère public; et, dans ce cas, c'est à bon droit que le tribunal correctionnel refuse d'accorder un sursis ou d'interroger des témoins sur des faits qui tendent à remettre en question la fausseté des faits. Cfr. HAUS, t. II, n° 1188, p. 404.

[illegible] dans ce cas, le tribunal ne pourra se pro- [illegible] deux points par un seul et même jugement, car, [illegible] statuerait sur le délit de dénonciation [illegible] avant que la décision relative à la fausseté des faits [illegible] en [illegible] définitive [27].

[illegible] de la plainte en dénonciation, aura éga- [illegible] pour statuer sur la vérité ou la fausseté des faits [illegible] le cas où, par suite de certaines circonstances, [illegible] de la personne à laquelle le fait est imputé, [illegible] de la prescription, on aura été mis dans l'*im-* [illegible] *légale* de s'adresser à l'autorité compétente pour [illegible] la vérification des faits articulés par le dénonciateur[28].

[illegible] *Dénonciation d'un fait professionnel.* — Lorsque le [illegible] dénoncé a le caractère d'une *faute professionnelle*, c'est l'au- [illegible] de la répression disciplinaire qui doit, au préa- [illegible] déclarer la fausseté, dans les formes et avec les garan- [illegible] sont imposées par la loi. Cette règle n'a jamais fait [illegible] difficulté consiste simplement à déterminer quelle [illegible] telle espèce, l'autorité investie de la juridiction disci- [illegible] Pour la résoudre, il faut faire de nombreuses distinc- [illegible] dont voici les principales : 1° s'il s'agit d'un *magistrat*, [illegible] garde des sceaux qu'il appartient de statuer sur la faus- [illegible] des faits allégués [29]; 2° d'un *avocat*, c'est le conseil de [illegible] qui a compétence, puisque lui seul exerce, sauf appel

[27] Paris, 8 avril 1886 (*Journ. des Parq.*, 1886, p. 98). Voy. Blanche, [illegible] V, n° 124, p. 553, et l'arrêt de la Cour de cassation du 30 janvier 1855 [illegible] cité.

[28] Sic, Bourges, 21 novembre 1878 (D. 79. 2. 261). Blanche (*op. cit.*, t. V, n° 111) prétend qu'il doit en être de même toutes les fois que, malgré ses efforts, la personne dénoncée n'a pu obtenir de l'autorité compétente une déclaration sur les imputations qui lui ont été adressées. Dans ce cas exceptionnel, le tribunal, saisi de la poursuite en dénonciation calomnieuse aurait qualité pour reconnaître la fausseté des imputations. Mais cette opinion est inconciliable avec le caractère préjudiciel que présente la vérification de la fausseté des faits imputés, caractère qui nous paraît résulter de l'article 372 du Code pénal.

[29] Comp. Cass., 29 décembre 1870 (D. 70. 1. 377).

devant la cour, le pouvoir disciplinaire [40]; 3° les *avoués* et les *huissiers* sont sous la surveillance de leurs chambres de discipline, sous la surveillance des cours et des tribunaux près desquels ils exercent leurs fonctions, et enfin sous celle du garde des sceaux. Ces trois autorités ont donc compétence pour se prononcer sur la fausseté des imputations, suivant la nature de la peine disciplinaire encourue [41]; 4° quant aux *notaires*, l'autorité disciplinaire est partagée entre les tribunaux et les chambres de notaires : la décision devra donc émaner de l'une ou de l'autre de ces autorités [42].

2058. *Dénonciation portant sur des actes administratifs.* — Lorsque la dénonciation prétendue calomnieuse porte sur des actes d'un caractère purement administratif, c'est l'autorité administrative, saisie de cette dénonciation, qui est seule compétente pour statuer sur la vérité ou la fausseté des faits dénoncés et pour rendre ainsi la décision préjudicielle à laquelle est subordonné le jugement du délit. Cette règle résulte, tout à la fois, et du caractère spécial de la dénonciation calomnieuse, et du principe de la séparation des pouvoirs administratifs et judiciaires [43]. Les autorités compétentes en pareille matière sont :

[40] Cass., 20 novembre 1851 (D. 51. 1. 333); 10 février 1888 (D. 88. 1. 192); 6 janvier 1876 (D. 77. 1. 458); 5 mars 1891 (D. 92. 1. 107).

[41] Comp. par exemple : Cass., 20 mars 1852 (D. 52. 5. 199); 23 janvier 1858 (D. 58. 5. 128).

[42] Cass., 17 février 1881 (D. 82. 1. 47). Mais il en est autrement du garde des sceaux, qui n'est investi, à l'égard des notaires, que d'un pouvoir de haute surveillance, pouvoir qui ne doit pas être confondu avec les attributions disciplinaires de la chambre. Dès lors, le refus, de la part du ministre de la justice, d'ordonner des poursuites, ne peut équivaloir à une décision établissant la fausseté des faits dénoncés. *Sic*, Cass., 24 avril 1874 (D. 76. 5. 156). Une déclaration du procureur général serait également insuffisante.

[43] Cette règle n'a été contestée que par Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. IV, n° 1854. Mais ces auteurs n'ont pas remarqué que le caractère préjudiciel des faits dénoncés devait être d'autant moins contesté dans cette circonstance qu'il résulte du principe général de la séparation des autorités (L. 16-24 août 1790, tit. XI, art. 13), applicable ici comme en toute autre matière. La jurisprudence n'a jamais varié et a toujours proclamé la compétence exclusive de l'autorité administrative. Comp. Cass., 21 novembre 1868 (D. 69. 1. 534).

calomnieuse. Mais, dans ce [illegible] maires et agents de noncer sur ces deux point[illegible] préfets, à l'égard des s'il procédait ainsi, il [illegible] les *recteurs d'académie*, calomnieuse avant que [illegible] placés sous leur surveil- dénoncés ne fût deven[illegible] ecclésiastiques qui exercent

d) Le tribunal, [illegible] les *maires*, à l'égard des lement qualité po[illegible] de mairie et autres agents imputés, dans [illegible] les *directeurs généraux des* telles que le d[illegible] employés de ces administrations, de l'amnist[illegible] Il est en effet, presqu'im- *possibilité* [illegible] de règles générales, la solution obtenir [illegible] être recherchée dans les lois et rè-

205[illegible] profession [illegible].

fait d[illegible] constituent, les uns des crimes ou tori[illegible] des fautes de discipline ou des faits ad- lat[illegible] en dénonciation calomnieuse pourra- [illegible] qu'une seule des autorités se sera pro- [illegible] des allégations qui rentrent dans sa [illegible] la dénonciation est-elle ou n'est-elle [illegible] ? Une distinction nous paraît s'imposer. [illegible] qui comprend, soit plusieurs faits d'un [illegible] soit un seul fait constituant une faute discipli- [illegible] de droit commun, a été portée devant [illegible] compétentes, la décision de cette auto- [illegible] que le juge correctionnel, devant lequel a été [illegible] en dénonciation calomnieuse, ait le droit d'en [illegible] jugement à intervenir sur le délit, sans que le [illegible] de l'absence de décision de l'autorité à

[illegible] contre des officiers généraux, la faus- [illegible] déclarée par le ministre de la [illegible] qu'au moment de la dénonciation, ces officiers avaient [illegible] à la retraite, de faire partie de l'armée, si, [illegible] ces faits, ils étaient en activité de service. Cass., [illegible] 1882 (*B. cr.*, n° 37).

[illegible] : les gendarmes, Cass., 13 avril 1876 (*B. cr.*, [illegible]) ; les maréchaux-des-logis de gendarmerie, Cass., 29 octobre 1886 ([illegible]) ; les gardes forestiers, Cass., 27 juillet 1872 (*B. cr.*, n° 103).

laquelle il ne s'était pas adressé. Au contraire, si la dénonciation a été portée, non seulement devant l'autorité administrative ou disciplinaire, pour qu'elle ait à y faire droit dans l'ordre de sa compétence, mais encore devant l'autorité judiciaire, pour provoquer, de la part de cette autorité, une répression pénale, le refus, par la première, d'y donner suite ne constitue pas une appréciation suffisante de la fausseté des faits dénoncés. Un double motif justifie cette distinction. D'une part, la dénonciation est démontrée fausse, tout au moins, quant à une portion des faits allégués, dès que l'une des autorités compétentes s'est prononcée, ce qui suffit pour motiver la répression. Mais quand, en s'adressant, par l'imputation de faits complexes ou distincts, à toutes les autorités compétentes pour donner suite à sa plainte, le dénonciateur a voulu exposer sa victime aux conséquences multiples qu'elle comportait, la poursuite en dénonciation ne peut être intentée qu'après que les diverses autorités se sont prononcées sur la vérité ou la fausseté de tous les faits. Il n'est plus alors possible de diviser la plainte, de l'admettre seulement pour certains faits et de laisser en dehors d'autres faits [46].

2060. Le point de départ de la prescription du délit de dénonciation calomnieuse doit être placé au jour où l'écrit, contenant la dénonciation, est parvenu à l'autorité, et non au jour où la fausseté des faits dénoncés a été établie. On a prétendu, il est vrai, que la fausseté des faits étant un élément essentiel du délit, le délit n'existait qu'à la date du jour où cette fausseté était prouvée [47]. Mais il y a, dans ce raisonnement, une confusion. L'élément du délit, ce n'est pas la preuve fournie de la fausseté du fait imputé, c'est, au contraire, la fausseté même de ce fait : le délit existe donc, dans tous ses éléments constitutifs, à l'instant même où la dénonciation a été faite au magistrat ou à l'officier de

[46] On trouvera le germe de cette distinction dans BLANCHE, t. V, n° 427. Les arrêts qu'il cite paraissent l'admettre, sans qu'elle soit expressément faite par aucun. Voy. notamment : Cass., 10 février 1888 (D. 88. 1. 192); Orléans, 25 mars 1890 (D. 91. 2. 84).

[47] Voy. MANGIN, *op. cit.*, n° 330; LE SELLYER, *Action publique*, t. II, n° 472.

dénonciation calomnieuse est, dans tous les cas, de la compétence du tribunal correctionnel et peut être introduite sans plainte préalable du dénoncé[48].

2062. Le délit de dénonciation calomnieuse étant consommé par la plainte elle-même, la peine n'en serait pas moins encourue si le coupable rétractait son imputation ou révélait la vérité, avant tout acte de procédure envers la personne calomniée. Le repentir de l'agent pourrait être seulement un motif d'atténuation[49].

2063. La dénonciation calomnieuse est punie d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 100 francs à 3.000 francs. Mais les juges ne pourraient, en outre, ni interdire le coupable des droits mentionnés dans l'article 42 du Code pénal[50], ni ordonner, à titre de peine, l'affichage ou l'impression de leur jugement[51]. Plusieurs Codes étrangers[52] édictent, contre le calomniateur, une peine égale en nature et en durée à celle que sa dénonciation aurait pu faire encourir à sa victime. Mais la science rejette cette application du talion et réclame, contre la dénonciation calomnieuse, des peines spéciales, sans rechercher l'égalité de répression. C'est dans ce sens que disposent, avec le Code pénal français, les Codes italien, allemand, hongrois, espagnol, belge, hollandais.

[48] *Sic*, Cass., 27 mars 1879 (*B. cr.*, n° 71); 4 août 1881 (*B. cr.*, n° 189). « Attendu, porte cette dernière décision, que si une plainte préalable est exigée en matière de diffamation avant toute poursuite, cette disposition exceptionnelle ne saurait être étendue au cas de dénonciation calomnieuse; que ce délit reste dans le droit commun, et que, pour le poursuivre, le ministère public n'est pas obligé d'attendre la plainte de la personne dénoncée. »

[49] Le Code pénal italien (art. 213), voit, dans cette circonstance, une *excuse légale* diminuant la peine sans la faire disparaître.

[50] Cette peine accessoire était autorisée par l'ancien article 374 du Code pénal, abrogé par l'article 26 de la loi du 17 mai 1819. Comp. Cass., 2 août 1842 (S. 43. 1. 228).

[51] Comp. Fabreguettes, *op. cit.*, n° 1463. *Sic*, Cass., 8 février 1857 (*B. cr.*, n° 52).

[52] Code du Tessin, article 179; du Valais, article 276; de Saint-Marin, articles 288 et suiv.

[illegible] — DE LA RÉVÉLATION DES SECRETS[1].

(C. p., art. 378).

[illegible] confident ordinaire et le confident nécessaire. — [illegible] du secret. La discrétion imposée par l'article 378, [illegible] que le confident nécessaire a pu connaître dans l'exer- [illegible] même à l'occasion de sa profession. — **2067.** De la [illegible] de nuire n'est pas nécessaire. — **2068.** La révélation [illegible] un délit quand elle est autorisée par la personne même qui [illegible] — **2069.** La révélation est-elle un délit lorsqu'elle est faite [illegible] dénonciation. Témoignage. Expertise. — **2070.** Qualité de [illegible] qui obligent au secret. Professions dénommées. Méde- [illegible] Officiers de santé. Pharmaciens. Sages-femmes. Profes- [illegible]

[illegible] Le confident volontaire d'un secret assume l'obligation [illegible] de le conserver. Mais, d'une part, la violation de ce [illegible] d'honneur n'est pas punissable, car l'intérêt public n'en [illegible] pas la répression[2]. Et, d'autre part, cette obligation [illegible] limite : car le dépositaire d'un secret ne peut, interrogé [illegible] la justice, se dispenser de le faire connaître, sans s'exposer, [illegible] aux peines applicables au refus de témoigner, soit à celles [illegible] faux témoignage, s'il altère la vérité[3]. Il en est autrement de [illegible] révélation des secrets dont la confidence a été provoquée par l'état ou la profession des personnes auxquelles on les a [illegible] : l'article 378 du Code pénal de 1810, sanctionnant,

§ CXXVIII. [1] Bibliographie : G. Bourgarel, *Etude théorique sur la révélation des secrets* (*Journ. des Parq.*, 1888), p. 86; Dr Brouardel, *Le secret médical* (Paris, 1887); Bruno Lacombe, *Le secret professionnel et le secret médical en particulier* (Bordeaux, 1885); Hémar, *Le secret médical considéré au point de vue de la révélation des crimes et délits* (*Rev. crit.*, 1869, p. 365); Hélie, *Le secret professionnel* (Paris, 1890); Ch. Muteau, *Du secret professionnel* (Paris, 1870 ; Paul Verwaest, *Etude médico-légale. Le secret professionnel* (Paris, 1892).

[2] Voy. Trib. corr. de Corbeil, 27 déc. 1895 (D. 97. 1. 233) en note.

[3] La Cour de cassation a fait une application de cette règle dans l'affaire Madeleine de Montjau : elle a décidé qu'un serment, prêté volontairement, hors la nécessité de fonctions civiles ou religieuses, ne peut être un motif légitime de refuser à la justice les révélations qu'elle requiert dans l'intérêt de la société (30 novembre 1820 (S. 20. 1. 333). Comp. Cass., 8 mai 1828, cité par Muteau, *op. cit.*, p. 11.

pour la première fois dans notre législation, des usages judiciaires qui autorisaient les individus, dépositaires de secrets par état ou par profession, à ne pas déposer en justice comme témoins[4], punit *ceux qui parlent* et non plus *ceux qui se taisent*[5]. Il considère, en effet, comme un délit, la révélation de secrets, et la punit d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 100 francs à 500 francs. La loi pénale intervient, ici comme ailleurs, dans un *intérêt d'ordre public*. Lorsqu'un particulier livre le secret qui lui a été confié, si, d'un côté, la victime de l'indiscrétion est seule atteinte, d'un autre côté, elle peut se reprocher à elle-même d'avoir mal placé sa confiance. Mais quand un médecin, un avocat, par exemple, trahit le secret qui lui a été confié, c'est le public tout entier qui souffre de ce manque de foi, car, dans la crainte d'indiscrétions, on pourra hésiter à recourir aux médecins et aux avocats, et la santé publique, les intérêts de la justice seront compromis. La confidence s'adressant, du reste, moins à l'*homme* qu'à la *profession* elle-même, il importe de protéger le secret contre toute révélation indiscrète[6].

[4] Comp. Jousse, *op. cit.*, t. II, p. 133 et 134. Même dans le silence de notre ancienne législation, les tribunaux avaient quelquefois donné une sanction à l'obligation du secret. Plusieurs arrêts du Parlement de Paris condamnent à l'amende des médecins ou des apothicaires qui, en réclamant leurs honoraires, ont révélé, hors de propos, la maladie à laquelle ils ont donné des soins. Cette jurisprudence est évidemment le point de départ de l'article 378.

[5] Art. 378. « Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de cent francs à cinq cents francs. »

[6] Il y a deux manières d'expliquer l'article 378 : d'une part, on peut le considérer comme une institution d'ordre public, qu'aucune convention n'a le pouvoir de faire fléchir ; d'autre part, tout en réservant l'intérêt d'ordre public, on peut n'y voir que la sanction d'une convention expresse ou tacite librement intervenue entre le médecin, le prêtre, l'avocat, etc., et son client, convention d'où dérive, pour celui-ci, le droit qu'il a d'exiger le silence de celui auquel il s'est confié. Dans l'opinion la plus générale, et qui est la

2065. Deux éléments étant nécessaires pour l'existence du délit qui nous occupe : la *qualité des personnes* que leur profession oblige au silence, et la *révélation des confidences* qui leur ont été faites, nous étudierons l'article 378 : 1° soit au point de vue du *secret*[7]; 2° soit au point de vue de sa *révélation;* 3° soit enfin, au point de vue des *diverses professions* auxquelles s'applique l'obligation.

2066. La loi punit la révélation de *tout secret*. S'il n'est pas nécessaire que le fait révélé ait un caractère injurieux ou dommageable[8], faut-il, tout au moins, qu'il ait été confié comme *confidentiel* aux personnes que vise la loi? Nullement. La discrétion, imposée par l'article 378, s'étend à tous les faits que ces personnes ont pu apprendre dans l'exercice de leur profession ou même à raison de leur profession. Il n'y a pas, en effet, plusieurs espèces de *secrets professionnels*, et tout fait, qui est parvenu à la connaissance d'un médecin, d'un avocat, d'un prêtre, à l'occasion de ses fonctions, a le même caractère, au point de vue de l'obligation qui s'impose à lui de ne pas le divulguer. Sans doute, l'article 378 paraît restreindre cette obligation aux secrets *qu'on lui confie;* mais ce serait méconnaître l'esprit de la loi que d'interpréter ces expressions comme une réserve au devoir absolu de discrétion. Lorsque l'une des personnes, mentionnées ou visées dans l'article 378, a *reçu* ou *surpris* un secret, à cause de la confiance qui s'attache à sa

nôtre, l'indiscrétion, dont le médecin, l'avocat, le prêtre, etc., se rendent coupable est un *danger public*, indépendamment des conséquences fâcheuses qu'elle peut avoir pour la personne dont le secret est trahi. Le silence *quand même et toujours*, telle est la conclusion logique de cette opinion. Nous y apportons, du reste, une réserve, à propos du témoignage en justice. Ne pas parler ne serait pas un délit, mais parler n'est pas non plus un délit.

[7] Car il n'y a pas des secrets, il n'y a qu'un secret, celui de toutes les choses qui s'apprennent par la fonction et dans la fonction.

[8] *Contrà*, D. A., v° *Révélation de secrets*, n° 16. — Le Code pénal italien (art. 163), comme le Code pénal hongrois (art. 200), ne punit la divulgation que si elle « peut causer du dommage ». Ce système semble être inspiré du *quæ in vulgus efferi non decet*, formulé dans le célèbre serment d'Hippocrate. Voy. sur la question : Cass., 16 mars 1893 (D. 94.1.137), et le rapport de M. le conseiller Vételay.

profession, elle est toujours tenue au silence, parce qu'elle est toujours un *confident nécessaire*[9]. La circonstance même que les faits révélés étaient déjà *notoires* ne dégage point la responsabilité du révélateur, si lui-même ne les a connus qu'à cause de la confiance attachée à sa profession[10].

2067. Le second élément du délit, c'est que le secret ait été *volontairement révélé*. La *publication* n'est pas indispensable : la *révélation* la plus restreinte est certainement suffisante. Un secret, même communiqué à une seule personne, n'est plus un

[9] La jurisprudence a examiné la question, non pas au point de vue de la révélation punissable, mais pour décider dans quels cas le témoin cité en justice peut se refuser à témoigner à raison du secret professionel. Voy. Cour d'assises Loire-Inférieure, 9 juin 1825 (D. A., v° *Avocat*, n° 303); Cass. 23 juillet 1830 (D. A., v° *Témoin*, n° 46); 26 juillet 1845 (D. 45. 1. 340); 10 juin 1853 (D. 53. 1. 205); 24 mai 1862 (D. 62. 1. 545); 7 avril 1870 (D. 70. 1. 185); 18 août 1882 (D. 83. 1. 46). Ce qui frappe, dans ces décisions, c'est que la jurisprudence ne traite pas absolument de la même manière les diverses professions. Cependant, l'article 378 est absolu et général. On peut hésiter, sans doute, sur le point de savoir quelles professions sont comprises dans la formule un peu vague de l'article 378. Mais ce qu'on ne saurait admettre, c'est que, pour toutes les professions astreintes au secret, la règle ne soit pas la même. La thèse du *secret professionel* absolu a été lumineusement exposée par Muteau, *op. cit.*, p. 15; Brouardel, p. 12; Hallays, p. 18. Elle paraît être consacrée définitivement dans l'arrêt de la Cour de cassation, du 4 décembre 1891 (S. 92. 1. 473), relatif aux ministres des cultes légalement reconnus, qui sont tenus de garder le secret sur les révélations qui ont pu leur être faites à raison de leurs fonctions, même en dehors de la confession.

[10] Dans l'affaire Watelet (Cass., 19 déc. 1885, D. 86. 1. 347; S. 86. 1. 86), le conseiller rapporteur, M. Tanon, s'exprimait ainsi sur la question : « Les faits *secrets de leur nature* tomberont donc sous l'application de l'article 378 : mais la divulgation plus ou moins complète, qui viendrait en être faite par d'autres voies au public, relèverait-elle le médecin, l'avocat, de l'obligation du secret? Nous avons peine à l'admettre. Et, d'abord, quel sera le genre de notoriété qui fournira cette excuse au médecin? De simples bruits dans le public ou quelques nouvelles de presse suffiront-ils?... Mais, quelle que soit cette notoriété, le témoignage du dépositaire du secret viendra toujours y ajouter quelque chose; il transformera toujours en un fait avéré, certain, ce qui n'avait été, jusqu'alors, qu'un fait, peut-être divulgué, mais livré à la controverse ... ». La Cour de cassation fut de cet avis. Dans le même sens : Besançon, 23 mai 1888 *Le Droit*, n° du 9 juin 1888).

secret [11]. Mais encore faut-il que la divulgation soit *intentionnelle* : si elle était le résultat du hasard, d'une imprudence, d'une négligence, en un mot d'une simple *faute*, il n'y aurait pas de poursuite répressive possible. L'intention criminelle consiste, ici, comme dans la plupart des délits, *uniquement* dans la volonté de l'agent de commettre une action dont il n'ignore pas la criminalité, c'est-à-dire de révéler un secret qu'il n'a connu que dans l'exercice de sa profession ou à l'occasion de cet exercice, sachant que cette révélation est prohibée par la loi pénale. Le *dessein de nuire* ou de se procurer à soi-même un profit illicite n'est pas nécessaire pour l'existence du délit, qui comprend les révélations indiscrètes, aussi bien que les révélations inspirées par la cupidité, la méchanceté, le dessein de diffamer. Cette proposition n'a pu être douteuse que par suite de la confusion, souvent faite par les criminalistes français, entre l'*intention de commettre un délit* et les *motifs* qui portent à le commettre (le *dolus generalis* et le *dolus specialis*). La révélation du secret est bien un délit intentionnel, mais l'intention qui caractérise ce délit n'est pas la volonté de nuire [12].

[11] Comp. Cass., 21 novembre 1874 (*B. cr.*, n° 298); Muteau *op. cit.*, p. 190.

[12] L'opinion erronée que l'intention de nuire est une condition essentielle du délit de révélation, a été surtout défendue par Chauveau et Hélie, t. V, n° 1872. Elle avait été adoptée par la Cour suprême dans sa première jurisprudence : Cass., 23 juillet 1830, précité. Mais l'opinion contraire, qui pouvait se réclamer de Rauter, *op. cit.*, t. II, p. 104; Muteau, *op. cit.*, p. 6, etc., a été consacrée, dans la célèbre affaire Watelet (Paris, 5 mai 1885, S. 86. 2. 121; Cass., 19 décembre 1885, précité). Comp. dans le même sens : Cass., 9 juillet 1886 (S. 86. 1. 487). Les partisans de l'opinion, qui paraît, aujourd'hui, définitivement condamnée, argumentaient : 1° du principe de droit qu'il n'y a pas de délit sans intention; 2° des termes de l'exposé des motifs; 3° de la place occupée par l'article 378 dans le Code pénal. — Le prétendu principe de droit qu'il n'y a pas de délit sans intention de nuire, que « la volonté comme élément d'un délit renferme essentiellement l'intention de nuire », est l'expression d'une confusion, contre laquelle nous avons déjà mis en garde, entre l'intention et le motif. En réalité, le délit de révélation de secret professionnel ne contient, au point de vue de l'élément moral, rien de plus, rien de moins que les autres délits : la loi punit ici, non ceux qui auront voulu causer un préjudice à autrui en révélant un secret, mais

2068. La révélation cesse-t-elle d'être un délit, quand le dépositaire du secret est autorisé à le divulguer par la personne même qui le lui a confié? Si l'on admet : 1° qu'il n'y a de *secret légal* qu'au cas d'une confidence expresse et formelle ; 2° qu'il n'y a pas délit de révélation sans *intention de nuire*, l'autorisation, donnée au confident nécessaire, supprime le caractère délictueux de la révélation. Mais en écartant, comme nous l'avons fait, ces deux solutions, il est difficile d'admettre que l'autorisation puisse relever du secret professionnel, imposé, non dans l'intérêt du client, mais dans l'intérêt de la société elle-même[12]. Quand l'obligation du secret existe, personne ne peut en relever celui qui en est dépositaire.

2069. La révélation cesse-t-elle d'être un délit lorsqu'elle est faite à la justice? Cette divulgation peut avoir lieu sous trois formes différentes : *dénonciation, témoignage, expertise.*

bien ceux qui auront *volontairement* révélé un secret dont ils étaient dépositaires par état ou profession. — Quant aux travaux préparatoires, ils montrent que la loi a voulu punir les révélations indiscrètes, aussi bien que les révélations méchantes. Voy. LOCRÉ, t. XXX, p. 194. — Enfin, de ce que la révélation de secret est placée par le Code pénal sous la même rubique que la calomnie et l'injure, on en conclut qu'elle exige, comme ces délits, l'intention de nuire à la victime de la révélation. Ce rapprochement typographique n'est pas suffisant pour confondre, au point de vue de l'élément moral, des délits absolument différents. La loi sur la calomnie et l'injure protège seulement l'honneur et la réputation des citoyens. L'article 378 a le même but, sans doute; mais il en a un autre plus général, c'est la nécessité d'inspirer à chacun pleine confiance dans la discrétion de certaines personnes dont le ministère est indispensable au public.

[12] Il est généralement admis que le confident par état ou par profession, bien que délié par son client du secret professionnel, peut, sans encourir de peine, se refuser à le révéler à la justice, mais qu'il reste seul juge, dans sa conscience, du point de savoir s'il doit et dans quelle mesure il doit déposer. Comp. Cour d'assises de Lot-et-Garonne, 15 décembre 1887 (*Gaz. des trib.*, 23 décembre 1887); GARDEIL, *Rev. crit.*, 1889, p. 7. Voy. sur la question : BROUARDEL, *op. cit.*, p. 52; HALLAYS, *op. cit.*, p. 38. Il a été jugé, par exemple, que le médecin, auquel les représentants d'une personne décédée après avoir contracté une assurance sur la vie en cas de décès, réclament, pour se conformer aux prescriptions de la police d'assurance, un certificat constatant le genre de maladie auquel l'assuré a succombé, est en droit de se refuser à délivrer ce certificat, en invoquant le secret professionnel : Tribunal du Havre, 30 juillet 1886 (S. 87. 2. 69); Trib. de Besançon, 17 février 1887 (S. 87. 2. 94).

secret[11]. Mais encor[illegible] [illegible]. dont il n'a eu connais-
nelle : si elle éta[illegible] [illegible]mmet incontestablement
d'une négligen[illegible] [illegible]xte établit, il est vrai, une
de poursuit[illegible] [illegible]ssionnel, dans les cas où la loi
ici, comm[illegible] [illegible]positaires, par état ou par profes-
volonté [illegible] [illegible]nie, à se porter *dénonciateurs*. Mais
la cri[illegible] [illegible]re applicable par suite de la suppres-
que [illegible] [illegible]03 et suivants du Code de 1810. Quant
ci[illegible] [illegible]ode d'instruction criminelle, l'obligation
[illegible] [illegible]arient, ne s'applique qu'aux crimes dont
[illegible] [illegible]cquis la connaissance dans l'exercice de
[illegible] [illegible]ont les particuliers ont été les témoins. Mais,
[illegible] *[illegible]texte*, les personnes, dépositaires, par état ou par
[illegible] [illegible]es secrets qu'on leur confie, ne doivent prendre l'*ini-*
[illegible] [illegible]énoncer les crimes qu'elles auraient connus ou surpris
[illegible] [illegible]xercice ou à l'occasion de l'exercice de leur profession.
[illegible] [illegible]est-il de même, lorsqu'il ne s'agit plus d'une *dénon-*
[illegible] spontanée, mais d'une *déposition provoquée*. Toute
personne, citée en justice, pour rendre témoignage, a trois
obligations à remplir : *comparaître*, *prêter serment*, *déposer*
[illegible] [illegible]r., art. 80[illegible]. Il est certain que les personnes visées par
[illegible] 378 peuvent être *témoins* et qu'elles ne sauraient se
réfugier derrière leur profession pour se dispenser de *compa-*
raître et de *prêter serment*. Elles devraient donc être condam-
[illegible] à l'amende, si elles s'abstenaient de se rendre à l'invitation
de la justice, ou si elle refusaient de prêter serment. Mais le
témoin qui a comparu et prêté serment, doit « satisfaire à la
citation », c'est à dire révéler à la justice les faits dont il a con-
naissance. En effet, la justice est la dette de la société tout
[illegible] et comme pour rendre la justice, il faut s'appuyer sur
des preuves et surtout sur des preuves testimoniales, l'obligation
de déposer en justice est une obligation sociale, qui, à ce titre,
doit être sanctionnée. On ne saurait s'affranchir de cette obli-
gation par des considérations personnelles d'amitié, d'intérêt[14],

[illegible] que le témoin, cité en matière répressive, ne peut se refu-
[illegible] certains [illegible], sous prétexte que la révélation de ces faits
[illegible] rendre [illegible] poursuites pour complicité : Cass., 6 février

et même par la nécessité de respecter des engagements privés. Mais, si tel est le principe, il est des cas, où une personne, citée en témoignage, doit s'abstenir de répondre, c'est lorsqu'elle n'a eu connaissance des faits qu'à raison du ministère qu'elle remplit ou de la profession qu'elle exerce, et que ce ministère ou cette profession commande le secret. En effet, le devoir de déposer en justice cesse d'être obligatoire, dans le cas où on ne pourrait contraindre à l'accomplir sans troubler l'ordre social, par la violation d'un devoir plus impérieux encore. C'est ainsi qu'il est admis que les parents, dont les dépositions ne seront pas reçues à l'audience, si la partie publique ou l'accusé s'y opposent, quoique régulièrement cités, peuvent refuser de déposer (C. instr. cr., art. 156 et 192). Or, indépendamment des devoirs de famille, la société reconnaît des *devoirs professionnels*, qui s'opposent, dans certaines circonstances, à ce que les dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, cités comme témoins, les révèlent à la justice. Il en est ainsi : 1° des médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes[15]; 2° des prêtres[16]; 3° des avocats, avoués, agréés[17]; 4° des notaires[18]; 5° des magistrats[19].

1863 (S. 63. 1. 279); 2 décembre 1864 (S. 65. 1. 152). N'est-ce pas une déduction extrême du principe posé au texte? et la solution contraire de la Cour de Bordeaux du 6 juin 1851 (S. 51. 2. 728) n'est-elle pas plus exacte? Le Code d'instruction criminelle autrichien de 1873, contient une disposition ainsi conçue : « *Un témoin ne peut être contraint de déposer ou de répondre à une question, quand sa déposition causerait un préjudice matériel ou moral, direct et important, soit à sa fortune ou à sa personne, soit à la personne ou à la fortune d'un des siens, à moins que l'affaire ne soit particulièrement grave.* » § 153. Comp., dans le même sens, l'article 35 du Code de procédure criminelle allemand de 1877.

[15] Cass., 26 juillet 1845 (S. 45. 1. 577). Comp. Faustin Hélie, t. IV, n° 1847. Hémar, *Rev. crit.*, 1869, p. 365, 513.

[16] V. Cass., 4 décembre 1891, précité.

[17] Cass., 24 mai 1862 (S. 62. 1. 995), pour les avocats; 6 janvier 1855 (S. 55. 1. 155), pour les avoués; 17 décembre 1858 (S. 59. 1. 454); 20 mai 1899 (*Pand. franc.*, 1900. 1. 156). Comp. Dereuet, *Rev. prat.*, t. XXXV, p. 211.

[18] Cass., 10 juin 1853 (S. 53. 2. 379), et le rapport de M. Faustin Hélie (Cass., 7 avril 1870 (S. 70. 1. 277).

[19] Cass., 18 août 1882 (S. 85. 1. 141). Voy. Ch. Mireau, *L'assistance hospitalière et le secret professionnel*, 1896.

[illegible] de déposer. Mais cer-
[illegible] paraissent exiger, de la part
[illegible] conditions : 1° que le
[illegible] connaissance du fait sur lequel
[illegible] l'occasion de l'exercice d'un
[illegible] commandant le secret ; 2° que le
[illegible] secret. La première condition
[illegible] avons dit, les personnes, dépo-
[illegible] par profession, sont des *confi-*

[illegible] dans cette circonstance, une *obli-*
[illegible] personnes dont il s'agit peuvent
[illegible] déposer sans commettre un délit ;
[illegible] prêter serment ou après avoir
[illegible] qui leur incombe de garder le secret
[illegible] de leur état ou de leur profession,
[illegible] de cette profession. C'est ce
[illegible] Mais lorsque, répondant à l'in-
[illegible] est adressée par les magistrats, elles ont
[illegible] ainsi acquis la connaissance,
[illegible] par l'article 378 ? Nous
[illegible] les révélations
[illegible] etc., on
[illegible] les termes et l'esprit
[illegible] par la justice elle-même.
[illegible] une *intention*
[illegible] l'*intention de*
[illegible] ne se rencontre

[illegible] entre l'obligation

[illegible] de révéler le secret.
[illegible] comporte une réserve, le cas
[illegible] témoignage en justice. Comp.
[illegible] § 328 et 329) ; Code
[illegible] prohibition est absolue
[illegible] *témoigner en justice et le secret*
[illegible] 24 oct. 1891).

de garder le secret professionnel et l'obligation de déposer en justice, peut être résolue suivant l'une ou l'autre des trois opinions que voici : 1° Dans une première opinion, l'article 80 du Code d'instruction criminelle édicte une règle qui s'impose à tous, sans exception : chacun doit son concours à la justice; c'est un devoir social auquel personne n'a le droit de se soustraire. 2° Dans une autre opinion, aussi absolue, on regarde toujours la révélation comme délictueuse, alors même qu'elle est faite en justice. 3° Dans un troisième système, que nous adoptons, l'article 378 est la base d'une dispense de témoigner en justice. Mais si le confident nécessaire a cru devoir répondre à l'interpellation directe du magistrat, s'il ne s'est pas rendu un compte exact des devoirs et des droits de sa profession, il ne saurait être punissable. Il suit de là, comme résultat pratique, que les confidents nécessaires restent seuls juges de la ligne de conduite qu'ils devront suivre.

Tout ce que nous venons de dire s'applique au témoignage sollicité dans une instance répressive, alors qu'il ne s'agit pas d'intérêts privés mais de l'intérêt public de la répression. En serait-il de même du témoignage sollicité dans une instance civile par l'une ou l'autre des parties? Nous ne le croyons pas. Le témoin qui dépose est, ici, sous sa propre responsabilite, appréciateur de ce qu'il doit dire ou de ce qu'il doit cacher pour respecter le secret professionnel. Mais il n'est pas délié de son obligation, et, s'il croit devoir la violer, il est passible d'une peine, car il a conscience qu'il ne le fait que dans l'intérêt privé de la personne qui sollicite son témoignage[21].

c) Les fonctions d'*expert* sont obligatoires sous les peines de l'article 475, § 12, du Code pénal, dans les cas prévus par cet article. Les confidents nécessaires pourront, sans encourir cette disposition, refuser les fonctions d'experts. S'ils les acceptent, la révélation qu'ils sont exposés à faire ne tombe pas sous le coup de l'article 378. Il faut, en effet, donner les mêmes solutions qu'en cas de témoignage en justice et pour les mêmes motifs.

[21] Voy. Cass., 17 juillet 1897 (D. 1900. 1. 43) ; 1er mai 1899 (D. 99. 1. 583) et la note de M. PLANIOL.

2070. Le dernier élément du délit, c'est la *qualité de l'agent*, c'est-à-dire l'état ou la profession qui le soumet à l'obligation du secret. A l'égard des personnes qui ne sont pas, en raison de leur état ou de leur profession, des *confidents nécessaires*, la violation des secrets qui leur sont confiés, répréhensible aux yeux de la morale, échappe à toute pénalité[22]. Mais, parmi les professions auxquelles s'applique l'article 378, on en distingue de deux catégories : les unes sont expressément dénommées dans le texte ; les autres sont comprises dans une formule générale.

I. Les *confidents nécessaires*, mentionnés par le Code pénal, sont au nombre de trois : 1° le *médecin* (les mêmes règles s'appliquent au *chirurgien* et à l'*officier de santé*) ; 2° le *pharmacien* ; 3° la *sage-femme*.

a) La discrétion a été considérée par les médecins comme un des devoirs de leur profession bien avant que la loi ne le leur eût prescrit. Ce devoir, aujourd'hui, s'impose à eux *partout* et *toujours*. Il est, cependant, quelques hypothèses où on a prétendu faire fléchir l'obligation du secret professionnel, soit devant certains textes de législation, civile ou pénale, soit devant certaines considérations d'utilité publique[23]. Mais, en

[22] La personne qui se croit lésée par une indiscrétion a toujours à sa disposition le principe général d'action de l'article 1382 du Code civil.

[23] Ces hypothèses sont énumérées et discutées, soit par MUTEAU, *op. cit.*, p. 245 à 407 ; soit par BROUARDEL, *op. cit.*, p. 31 et 233 ; HALLAYS, *op. cit.*, p. 79 à 117. Nous renvoyons à ces ouvrages spéciaux. Quelques observations seulement : 1° L'obligation imposée aux chirurgiens, par l'édit de 1666 de « déclarer au commissaire du quartier les blessés qu'ils auront pansés chez eux ou ailleurs », renouvelée, avec quelques modifications, par des édits, lois et ordonnances successifs, doit être considérée comme abrogée (comb. de l'art. 378 avec l'art. 484 du Code pénal). Depuis 1832, du reste, aucun gouvernement n'a songé à faire revivre ces dispositions surannées qui, d'ailleurs, seraient juridiquement inapplicables. 2° Sur l'attitude des personnes exerçant la profession médicale dans les déclarations de naissance : *suprà*, t. V, n° 1959. 3° Les dispositions des lois et ordonnances sur la police sanitaire (L. 3 mars 1822, art. 3 ; Ord. 7 avril 1822) enjoignent à tous les médecins des hôpitaux, ainsi qu'à tous les autres, et, en général, à tous les sujets qui seront informés de symptômes de *maladie pestilentielle*, d'en avertir les administrateurs sanitaires, et, à

dehors des deux situations prévues, soit par l'article 13 de la loi du 3 mars 1822 et l'article 15 de la loi du 30 novembre 1892, soit par l'article 80 du Code d'instruction criminelle, la révélation du secret médical est *toujours* un délit, quelles que soient

défaut, le maire du lieu. C'est bien ici une dérogation expresse à la loi du secret professionnel. Elle s'explique, soit par les conséquences incalculables que pourrait avoir le silence du médecin, soit par la nature même des maladies épidémiques qu'on n'a pas intérêt à dissimuler. M. Brouardel (*op. cit.*, p. 232) pense cependant, que, malgré la loi de 1822 le secret professionnel pourrait encore s'imposer aux médecins *dans certains cas*. Mais la loi de 1822 ne faisant, avec raison, aucune restriction, l'intérêt privé doit céder devant l'intérêt général de la santé publique. Du reste, aux termes de l'article 15 de la loi du 30 novembre 1892, *sur l'exercice de la médecine :* « Tout docteur, officier de santé ou sage-femme est tenu de faire, à l'autorité publique, son diagnostic établi, la déclaration des cas de maladies épidémiques tombées sous son observation et visées dans le paragraphe suivant. — La liste des maladies épidémiques dont la divulgation n'engage pas le secret professionnel sera dressée par arrêté du ministre de l'intérieur, après avis de l'académie de médecine et du comité consultatif d'hygiène publique de France. Le même arrêté fixera le mode des déclarations desdites maladies. » Mais les docteurs, officiers de santé ou sages-femmes ne sont relevés de l'obligation du secret professionnel à l'égard des maladies épidémiques par la loi du 30 novembre 1892 que dans la mesure nécessaire aux communications qu'ils doivent adresser à l'autorité publique : Cass., 13 mars 1897 (D. 97. 1. 233). Et ces communications, confidentielles par leur nature, conservent ce caractère, quand elles sont parvenues aux représentants de l'autorité. 4° Les vérifications de décès, prescrites par l'article 77 du Code civil, n'ont qu'un but : s'assurer de la mort. Mais on a pensé que la science tirerait grand profit d'une statistique générale des décès, selon les âges, les sexes, les causes de la mort. On a confié le soin de recueillir les éléments de cette statistique aux médecins délégués par l'officier de l'état civil pour vérifier les décès. Les énonciations, que réclament certaines circulaires ministérielles, sont en contradiction avec la loi du secret. V. sur la question : Brouardel, *op. cit.*, p. 99 à 120; Paul Verwaest, *Le secret professionnel médical* Thès. méd. Paris, 1892); 5° l'intérêt de la science autorise-t-il la divulgation du secret médical? Evidemment non. S'il est incontestable que le fait de publier une observation médicale ne peut en lui-même constituer une révélation de secret dès que le malade n'y est pas désigné de façon à être reconnu, il est certain que des considérations scientifiques ne sauraient justifier la révélation s'il est possible de mettre un nom derrière le fait médical. Voy. Bordeaux, 5 juillet 1893 (D. 94. 2. 177). Conf. la note de Planiol dans D. 99. 1. 585.

les circonstances dans lesquelles elle se produit, quel que soit le mobile qui l'inspire[24]. Et le secret professionnel s'étend non seulement à tout ce qu'on lui a confié, mais à tout ce que le médecin a appris dans l'exercice de sa profession. Le client ne peut pas l'autoriser à parler, puisqu'il s'agit d'une obligation qui est imposée dans l'intérêt public. C'est un point qui n'est point suffisamment compris.

La solidarité, qui unit toutes les personnes concourant à l'œuvre médicale, est si intime, qu'on a voulu étendre les prescriptions de l'article 378 aux gardes-malades et aux auxiliaires, étudiants en médecine ou internes, qui assistent le médecin ou le chirurgien dans l'exercice de sa profession. Ce système est celui du Code pénal allemand (§ 300), mais il n'est pas consacré par le nôtre, et la Cour de cassation a dû décider, en s'appuyant sur les principes rigoureux de l'interprétation pénale, que les personnes, appelées accidentellement, sous la direction d'un médecin, à soigner un malade, ne sauraient encourir la peine de la révélation, et que, par suite, elles ne peuvent refuser à la justice les renseignements que les magistrats leur demandent dans l'intérêt de la société[25].

b) Par l'ordonnance du médecin qu'il exécute, le pharmacien connaît la maladie de son client. S'il la révèle, par exemple en traduisant, sous une forme vulgaire, des termes scientifiques, la loi pénale lui est applicable.

c) Quant à la sage-femme, elle est mise, au point de vue de

[24] Nous reconnaissons, du reste, volontiers, que le secret professionnel, dans ses rapports avec l'exercice si délicat de l'art de guérir, soulève, à côté des points de droit, une série de cas de conscience. Jusqu'en 1810, le secret médical a été conservé, sans qu'aucun texte de loi soit venu en garantir l'observation : il était peut-être inutile de sanctionner, dans le Code pénal, un devoir considéré, dans tous les temps, comme l'un des premiers et des plus impérieux de la profession.

[25] Cass., 3 décembre 1864 (D. 67. 5. 431). Mais la révélation de secrets qui ne peut être, dans le silence des textes, qualifiée délit, n'en constitue pas moins, à l'égard de ces personnes, quand elle se produit en dehors de l'interpellation de la justice, la violation d'un devoir moral et de conscience. [illegible] question une dissertation de M. de Lanzac de Laborie dans [illegible] note 1.

l'obligation du secret professionnel, sur la même ligne que les autres personnes qui pratiquent l'art de guérir.

A plusieurs reprises, l'administration a prétendu que les maisons d'accouchement pouvaient être assimilées aux hôtelleries et aux auberges : en conséquence, elle a voulu obliger les médecins ou les sages-femmes, qui dirigaient ces maisons, à tenir un registre nominatif de leurs pensionnaires, conformément aux prescriptions de l'article 475, § 2, du Code pénal. La Cour de cassation a constamment repoussé les prétentions émises par les autorités administratives[26]. La loi du secret professionnel ne permet pas aux médecins et aux sages-femmes de divulguer, même et surtout sous cette forme, les noms de leurs clients.

II. Après avoir énuméré « les médecins, chirurgiens, etc. », l'article 378 ajoute « et *toutes autres personnes dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur confie* ». L'article 378 n'a donc pas entendu faire une énumération limitative des personnes tenues au secret, et il s'agit moins de dresser une liste, forcément incomplète, des professions astreintes au secret, que de bien préciser le sens de la formule employée par la loi. Elle concerne les *confidents nécessaires*, ceux auxquels on est obligé de s'adresser. C'est pour rassurer le public, qui ne peut se passer de certains ministères, qu'on a puni les révélations indiscrètes. La confidence n'est donc protégée par la loi du secret professionnel que si elle a été *obligatoire*. Le malade est bien forcé de s'adresser à un médecin; le plaideur à un avocat ou à un avoué. Dans cette idée est la limite, comme la raison d'être, de l'article 378. La loi, les mœurs, les traditions ont investi certaines personnes d'une mission de confiance. C'est à elles que s'appliquera l'interdiction de révéler le secret professionnel, mais ce n'est qu'à ces personnes. Il faut faire cependant une distinction qui se dégage de l'esprit comme du texte de la loi. L'article 378 est applicable aux secrets des

[26] Il serait à désirer, dût le principe du secret professionnel en pâtir, que l'administration fût mise à même d'exercer une surveillance rigoureuse sur les maisons tenues par les sages-femmes. L'avortement y est pratiqué couramment, et presque en toute sécurité, sauf pour les malheureuses qui fréquentent ces *faiseuses d'ange*.

particuliers, mais non aux secrets d'*État* : les fonctionnaires des administrations publiques et, en particulier, les diplomates sont astreints à l'obligation du secret par d'autres textes (C. pén., art. 80). Ainsi, pour qu'il y ait secret professionnel, dans le sens de l'article 378, il faut : 1° que la discrétion soit parmi les nécessités absolues de la profession ; 2° que les secrets confiés soient ceux des particuliers et n'intéressent que les particuliers [27].

Les professions ou états, que la jurisprudence soumet à la loi du secret professionnel, sont ceux de ministres du culte [28], avocats, avoués [29], agréés, notaires [30], agents de change, magistrats [31], greffiers [32], employés des postes et des télégraphes [33], huissiers, employés du mont-de-piété, secrétaires de mairie [34], directeur ou employés d'un hôpital ou d'un hospice [35], etc. A ce point de vue, les mêmes personnes que la jurisprudence dispense de témoigner sur les faits dont elles ont eu connaissance dans leur profession ou à l'occasion de l'exercice de leur profession sont passibles de l'article 378, en cas de révélations indiscrètes. Mais la proposition inverse devrait être vraie. Or, ce *parallé-*

[27] Argument en quelque sorte topographique résultat du rapprochement de l'art. 378 avec l'art. 80 du Code pénal. Voy. sur ce point. : D. 96. 2. 391, notes 4 et 5.

[28] Voy. par exemple, Cass., 4 décembre 1891, précité. Sous cet arrêt, on trouvera, dans D. 92. 1. 139, le rapport de M. le conseiller Sallantin et les conclusions de M. l'avocat général Baudoin.

[29] Sur les avocats et avoués, Blanche, t. V, n° 448 et les arrêts cités.

[30] Sur les notaires : Cass., 23 juill. 1830 (*B. cr.*, n° 195) ; 10 juin 1853 (S. 53. 1. 379) ; 7 avril 1870 (S. 70. 1. 77).

[31] Les magistrats, tenus par le serment qu'ils ont prêté de garder religieusement le secret de leurs délibérations, sont au nombre des personnes auxquelles l'article 378 est applicable : Cass., 18 août 1882 (*B. cr.*, n° 212).

[32] La Cour de cassation a déclaré l'article 378 applicable au commis-greffier, attaché au cabinet du juge d'instruction, relativement au secret des procédures suivies par ce magistrat : 9 juillet 1886 (S. 86. 1. 487).

[33] Cass., 21 novembre 1874 (S. 75. 1. 89). Il s'agissait d'un employé des postes qui avait divulgué le contenu d'une carte postale. V. aussi Cass., 4 mai 1883 (*B. cr.*, n° 112).

[34] Voy. Cass., 13 mars 1897 (S. 98. 1. 425).

[35] Cass., 14 mars 1895 (*B. cr.*, n° 80).

lisme nécessaire, entre la dispense du témoignage et l'obligation de garder le secret sous une sanction pénale, a été quelquefois méconnu par la jurisprudence. Ainsi, les agents de l'administration des postes rentrent certainement parmi les dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie. Tel est bien l'avis de la Cour de cassation. Et cependant cette même Cour a jugé que ces agents n'étaient pas dispensés de témoigner sur ces faits[36]. C'est la constatation d'une situation contradictoire, car si ces agents sont dépositaires, par état et profession, des secrets qu'on leur confie, ils ne peuvent être contraints, sous une sanction pénale, de déposer sur ce qui leur a été révélé dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leur profession.

[36] Cass., 14 mars 1885 (*B. cr.*, n° 86) : « Que si, aux termes du décret des 26-29 août 1790, ces agents prêtent serment de garder et observer fidèlement la foi due au secret des lettres, ce serment, dont l'utilité est incontestable, ne saurait les dispenser d'accomplir le devoir imposé à tout citoyen par l'article 80 du Code d'instruction criminelle ; qu'aucune disposition de loi ne leur accorde ce *privilège*, et qu'ils sont tenus, dès lors, comme toute autre personne, de révéler à la justice, s'ils sont appelés comme témoins, les faits dont ils n'ont pu avoir connaissance, même dans le service de leurs fonctions ; qu'autrement il faudrait admettre, ce qui est contraire à la morale et à la raison, que l'administration des postes peut assurer l'impunité des faits punissables et soustraire un coupable aux recherches de la justice. »

[illegible] GÉNÉRALES SUR LES CRIMES ET LES DÉLITS [illegible] LE PATRIMOINE [1].

[illegible] — **2072**. Ils se caractérisent par le dommage qu'ils [illegible] la diminution de valeur. — **2073**. Ce n'est pas que [illegible] ment causé, soit un délit. Domaine respectif [illegible] pénal. Difficultés pour le tracer. — **2074**. Evo- [illegible] contre la propriété. — **2075**. Les crimes et délits [illegible] ment de deux éléments : la chose sur laquelle [illegible] de celui qui les commet. — **2076**. Il faut d'abord [illegible] ait ou pour objet le patrimoine d'autrui. — **2077**. Il [illegible] ait ou lieu *invito domino*. — **2078**. De l'intention [illegible] cette catégorie d'infractions. — **2079**. De l'impor- [illegible] causé. — **2080**. Si la question de propriété peut être [illegible] de répression.

[illegible] et délits *contre les propriétés* ou plutôt [illegible] *du patrimoine*, qui est l'ensemble des droits [illegible] personne, appréciables en argent, forment [illegible] autre. Il existe un lien intime entre la notion de [illegible] notion de patrimoine, et, malgré la qualification [illegible] cette forme de délits, il s'agit bien toujours [illegible] personnalité humaine, les délits contre le patri- [illegible] fond des délits contre la personne.

[illegible] caractère commun de tous ces crimes et délits, [illegible] *immédiatement*, quand ils sont consommés, l'*utilité* que

contre le patrimoine. L'effet de ces délits se caractérise donc par un *dommage* qui, sans doute, n'atteint pas la personne elle-même dans son existence, dans sa dignité, son intégrité physique ou morale, mais qui l'atteint dans la sphère de son activité relative aux choses corporelles ou incorporelles, servant à sa vie et constituant son patrimoine.

2073. Ce n'est pas que tout *dommage*, même volontairement causé au patrimoine d'autrui, soit un délit. Tantôt, une seule voie est ouverte à la victime qui en a souffert, celle d'une *réparation civile*. Tantôt, la répression sociale s'ajoute à la réparation. Les domaines respectifs de l'*illicite civil* et de l'*illicite pénal*, dans le cercle des atteintes à la propriété, a varié avec les temps et les lieux. Mais à quel point de vue se sont placées les législations positives pour les délimiter? Ce n'est pas nécessairement, quand l'atteinte à la propriété est réalisée par la fraude ou la violence qu'elle devient punissable. Sans doute, la *fraude* ou la *violence* caractérisent bien les délits contre la propriété (*aut vi aut fraude delinquitur*). Mais il n'est pas exact de prétendre que toute atteinte portée, par ces moyens, au patrimoine d'autrui soit nécessairement réprimée. La réparabilité ou l'irréparabilité du dommage n'est pas non plus le signe certain auquel se reconnaissent les lésions de droit punissables et celles qui ne le sont pas. Le point de vue qui paraît avoir toujours été dominant dans l'évolution des législations positives, c'est plutôt celui de l'insuffisance des moyens ordinaires de prévision ou de défenses individuelles. Si le patrimoine est attaqué par des procédés que la prudence commune est impuissante à éviter, s'il s'agit, par exemple, de vol, d'escroquerie, d'abus de confiance, si un voisin a déplacé des bornes, s'il a coupé des arbres, si des actes ou titres ont été simulés ou altérés à l'aide de faux, chacun se sentant individuellement impuissant pour se mettre à l'abri de semblables violations de droit, la collectivité sociale intervient, prend l'affaire pour son propre compte et punit l'atteinte portée à la sécurité et aux droits de tous[2].

[2] Comp. Pessina, *Elementi di diritto penale*, t. III, p. 176; Ortolan, *op. cit.*, t. I, nos 594 et 595.

qu'une féodalité financière allait se substituer à la féodalité militaire et rencontrerait, pour ses pirateries, les mêmes faiblesses dans la défense sociale, qu'avaient rencontrées les razzias des anciens chefs féodaux.

2075. Les crimes et délits contre la propriété se constituant toujours de deux éléments : la *chose* qui en est l'objet, et l'*intention* de celui qui les commet, on peut grouper, sous ces deux points de vue, un certain nombre de règles qui leur sont communes.

2076. Il faut d'abord que l'activité criminelle punissable ait eu pour objet un élément du patrimoine d'autrui [3]. La *res*, sur laquelle s'exerce le délit, doit être une *res aliena*. L'homme, en effet, a la pleine disposition des choses qui sont dans son patrimoine, et c'est dans le cercle des droits qui en font partie, qu'il est vrai de dire *nemo videtur dolo agere qui suo jure utitur*. Il y a cependant trois restrictions à la règle générale que nous ne pouvons pas commettre de délit contre la propriété, relativement à ce qui nous appartient. 1° Il est possible, d'abord, que l'atteinte à la sécurité d'autrui soit ou puisse être la conséquence de l'usage abusif que nous faisons de notre propre chose. Prenons comme exemple le fait d'incendier sa propre maison servant à l'habitation : dans ce fait, il n'y a pas seulement une atteinte portée au patrimoine propre, mais une atteinte à la sécurité d'autrui. La question de propriété est alors indifférente, et c'est le cas de répéter, avec les jurisconsultes romains : *expedit reipublicæ ne quis re sua male utatur*. 2° La *res propria* peut, à raison de certaines circonstances, être considérée comme *res aliena*, quand le propriétaire, par suite de rapports juridiques, n'en a pas la libre disposition, quand elle se trouve, par exemple, engagée par nantissement, ou mise sous la garde d'un séquestre judiciaire : dans ce cas rien ne s'oppose à ce qu'elle soit l'objet

[3] Individuel ou collectif, privé ou public, appartenant à un national ou à un étranger, à une personne physique ou à une personne morale. Le fait de s'approprier des choses communes ou des choses sans maître n'est évidemment pas un délit *contre la propriété* (C. civ., art. 714). Mais il ne faudrait pas confondre ces choses avec les *res derelictæ* les épaves. Celles-ci ont un propriétaire, quoiqu'on ne le connaisse pas.

d'un délit de la part du propriétaire lui-même, puisque celui-ci n'est pas complétement libre d'en disposer. 3° La *res communis* est-elle à considérer, au point de vue des délits qui nous occupent, comme *res propria* ou comme *res aliena?* Le droit que donne la communauté est un droit propre. Mais la copropriété imprime au bien sur lequel elle porte le caractère de *res aliena*, en tant que ce bien ne nous est pas entièrement propre et n'est pas complétement soumis à notre libre activité. Dans la mesure donc où cette chose fait partie du patrimoine d'autrui, elle est *res aliena* par rapport à l'autre copropriétaire. Toute diminution de valeur, qui porte sur l'ensemble du bien, constitue, par conséquent, une atteinte, non seulement au droit de l'un, mais même au droit de l'autre. La copropriété peut bien avoir son influence sur la qualification du délit, mais le droit qu'elle donne ne fait pas obstacle à ce que la chose commune puisse être l'objet d'une infraction de la part de l'un des communistes.

2077. Une seconde règle, dont nous retrouverons l'application à propos de tous les crimes et délits contre la propriété, c'est que le caractère délictueux s'efface lorsque la diminution de valeur a eu lieu du consentement du propriétaire. C'est pour cette catégorie de délits qu'il est vrai de dire : *volenti et consentienti non fit injuria.*

2078. L'*intention criminelle* spécifique, dans les crimes et délits contre la propriété, doit être caractérisée d'après les conditions mêmes auxquelles se trouve subordonnée la répression de cette catégorie de faits. L'individu, qui diminue la valeur d'une *res aliena*, sachant que cette chose est à autrui et qu'il agit *invito domino*, a la *conscientia sceleris* suffisante. Le mobile qui le fait agir est, en principe, indifférent. Mais l'absence d'une de ces trois conditions de la conscience criminelle, particulière à ces délits, suffit pour écarter l'incrimination et établir la bonne foi de l'inculpé.

2079. L'importance du dommage causé par un délit contre le patrimoine doit entrer, comme élément, dans la mesure d'aggravation de la culpabilité. Mais, à ce point de vue, les Codes modernes suivent l'un de ces trois systèmes. *a*) Tantôt ils édictent la même peine légale, sans avoir égard à la valeur de l'ob-

jet soustrait, détruit ou endommagé. C'est le système du Code pénal français[4]. L'élément *préjudiciable* n'a d'influence que sur la mesure de la culpabilité judiciaire. Les juges et surtout les jurés, en tiendront compte, en refusant ou en accordant le bénéfice des circonstances atténuantes. *b*) A l'inverse, d'autres législations précisent le chiffre, au-dessus et au-dessous duquel la peine est, à raison de la valeur de l'objet soustrait, augmentée ou diminuée. *c*) Enfin, il est d'autres législations qui, tout en faisant entrer l'élément dommageable dans la mesure de la culpabilité légale, autorisent simplement le juge à élever la peine, dans des proportions déterminées, si la chose est de très importante valeur, à la diminuer, si ce dont il s'agit est de peu de valeur, à la réduire encore plus, au cas où elle est de très minime valeur[5].

Nous avouons nos préférences pour le premier système[6]. Sans doute la gravité des délits contre la propriété s'élève dans la proportion du dommage matériel qu'ils ont causé. Mais le législateur doit surtout apprécier cette gravité d'après le danger social qui résulte de l'infraction et l'alarme qu'elle répand. La valeur des choses soustraites, détruites ou endommagées, peut être prise en considération par le juge dans l'application de la peine. Mais elle ne saurait à elle seule constituer un élément supprimant ou modifiant l'incrimination. Du reste, avec le système législatif, qui consiste à préciser le chiffre du dommage, on ne peut éviter l'étrange contraste résultant de la simple différence d'un franc, d'une livre, en plus ou en moins, entre deux soustractions d'une gravité égale. Et si on évite cet inconvénient, avec le système législatif qui ne le précise pas, on peut craindre, à raison de l'absence de règles venant déterminer les

[4] Le Code pénal français n'a tenu compte de l'importance du préjudice qu'au cas de soustractions commises par les dépositaires ou comptables publics (art. 169 et 171). Le Code pénal belge de 1867 suit un système analogue.

[5] C'est le système du Code pénal italien (art. 431). Voy. sur la question : Molinier, *op. cit.*, t. II, p. 467 et les textes des lois étrangères qui y sont rapportées.

[6] M. Péret. *De la réforme du Code pénal*, p. 59, propose de ne déférer au jury que les vols d'une valeur supérieure à cinq cents francs.

nature absolument civile. D'un autre côté, les difficultés de procédure et de preuve, que l'on rencontre lorsqu'il s'agit d'une question de *propriété immobilière*, démontre l'incompétence radicale des tribunaux de répression pour l'examiner et la résoudre. Ces difficultés existent moins lorsqu'il s'agit de la *propriété mobilière*.

Quelles sont les *conditions* et les *effets* de cette exception préjudicielle certaine?

a. Ses conditions, telles qu'elles sont formulées par l'article 182 du Code forestier, sont au nombre de quatre : 1° Il faut que le prévenu « excipe » formellement de l'exception. Le juge de répression, qui s'aperçoit qu'un droit de propriété ou un autre droit réel est engagé dans la cause, ne peut suppléer l'exception et ordonner d'office le sursis : *ultra petita non est judicandum*. Mais cette exception, constituant, au fond, un moyen de défense, peut être soulevée en appel, bien qu'elle ne l'ait pas été en première instance. 2° Le tribunal doit examiner si le moyen de défense est sérieux, ou s'il n'a pas pour but unique d'entraver la marche de la poursuite. Aussi l'exception n'est-elle recevable qu'autant qu'elle est fondée, *soit sur un titre apparent*, *soit sur des faits de possession équivalents à titre*. Sans doute, le tribunal de répression n'a pas qualité pour juger la *validité* du titre produit, ou pour vérifier les faits de possession articulés; mais il peut et doit apprécier la *vraisemblance* des allégations du prévenu[9]. 3° Le droit allégué doit être de nature à enlever à la prévention tout caractère délictueux. Il serait inutile, en effet, de surseoir au jugement si le droit allégué ne devait point innocenter complètement le prévenu[10]. 4° L'exception doit être fondée sur un droit personnel au prévenu : celui-ci ne peut exciper du droit d'autrui, ni de l'absence de droit en la personne du plaignant[11].

[9] Cass., 25 août 1877 (S. 78. 1. 288); 19 juillet 1878 (S. 81. 1. 47); 23 août 1879 (S. 81. 1. 185.

[10] Comp. : Cass., 2 août 1874 (S. 75. 1. 183); 5 décembre 1879 (S. 79. 1. 185).

[11] Cette règle demande quelques explications. La poursuite est-elle exercée à la requête du ministère public? Le prévenu ne pourrait pas exciper

[illegible] saisi de l'action publique, qui trouve que [illegible] n'est pas recevable, la rejette et passe [illegible] Dans le cas contraire, le tribunal doit surseoir [illegible] jusqu'à la décision définitive de l'exception pré- [illegible] qui constitue, tout à la fois, une défense au fond et [illegible] dilatoire. A qui incombe l'obligation de faire décider [illegible] question par la juridiction civile ? L'article 182 est formel : [illegible] *prévenu*, c'est-à-dire celui qui soulève l'exception préjudicielle, qui doit saisir la juridiction compétente, cela, même lorsqu'il est en présence d'une partie civile : la loi l'oblige à rendre toujours le rôle de demandeur, et, par conséquent, à faire la preuve de son droit prétendu.

En cas de renvoi à fins civiles, le jugement fixe un bref délai, dans lequel le prévenu, qui a soulevé la question préjudicielle, doit saisir le juge compétent et justifier de ses diligences. Sans cette mesure, l'action publique serait indéfiniment paralysée par l'attitude passive du prévenu. Remarquons que la fixation de ce délai est obligatoire pour le tribunal. A l'expiration du délai, le prévenu est rappelé, à la requête du ministère public ou de la partie civile, pour rendre compte de ses diligences. Lorsqu'il a négligé de remplir l'obligation qui lui était imposée, le tribunal passe outre aux débats ; le prévenu est alors censé avoir renoncé à l'exception[12]. Si le prévenu produit un jugement qui dé-

de ce que le véritable propriétaire ne se plaint pas ou de ce que le plaignant n'est pas le véritable propriétaire : l'action publique ne dépend en rien, quant à son exercice, de la plainte du propriétaire. La question présente plus de difficultés, lorsque la poursuite a lieu à la requête d'un particulier. Le prévenu ne pourra-t-il pas, dans cette hypothèse, repousser l'action dirigée contre lui, en excipant du défaut de qualité du plaignant? Nous n'hésitons pas à l'admettre, puisque l'article 1er du Code d'instruction criminelle, n'accorde l'action civile en réparation du préjudice causé par une infraction qu'à la partie qui a souffert un dommage et qu'aucune réparation ne peut être due à la personne n'ayant aucun droit sur l'immeuble objet de l'infraction. Mais cette exception, invoquée par l'inculpé, n'est pas une exception préjudicielle au sens vrai du mot, car elle n'en a aucun des caractères, elle constitue une fin de non-recevoir, tirée de l'absence de qualité de celui qui réclame les réparations civiles, sur laquelle, par conséquent, le tribunal de répression est compétent pour se prononcer.

[12] La loi ajoute cependant un tempérament : « Toutefois, en cas de con-

cide la question en sa faveur, le tribunal répressif, qui est lié par cette décision, doit le renvoyer d'instance sans dépens. S'il a succombé dans l'instance civile, le tribunal de répression statue sur l'action publique, comme si l'exception n'avait pas été proposée.

§ CXXX. — CLASSIFICATION DES CRIMES ET DÉLITS CONTRE LA PROPRIÉTÉ.

2081. — De la distinction entre les atteintes à la propriété mobilière et à la propriété immobilière. — **2082.** Appropriation et destruction. Subdivision de ces deux genres de délits. — **2083.** Évolutions des idées et des institutions qui n'amènent que lentement à distinguer les diverses formes de délits contre la propriété. — **2084.** Classification du Code pénal français. — **2085.** Statistique.

2081. Les délits contre la propriété peuvent être commis, soit à propos d'un meuble, soit à propos d'un immeuble. Quelle que soit la nature de l'objet usurpé, détruit ou dégradé, le maître a toujours besoin de protection contre la fraude ou la violence.

Mais il faut des institutions juridiques d'une simplicité bien primitive pour organiser, de la même manière, la protection de la propriété mobilière et celle de la propriété immobilière et pour frapper les atteintes dont elles peuvent être l'objet d'une répression identique[1]. D'une part, les meubles, par leur nature même, se prêtent mieux que les immeubles à l'appropriation individuelle. Aussi l'évolution de la propriété collective à la propriété individuelle commence par les meubles, avant de passer aux immeubles. Mais, d'autre part, dès que la propriété individuelle est organisée, pour les uns et pour les autres, on s'aper-

damnation, il sera sursis à l'exécution du jugement, sous le rapport de l'emprisonnement, s'il était prononcé ; et le montant des amendes, restitutions et dommages-intérêts, sera versé à la Caisse des dépôts et consignations, pour être remis à qui il sera ordonné par le tribunal, qui statuera sur le fond du droit. »

§ CXXX. [1] La distinction des meubles et des immeubles, au point de vue du droit pénal, est simplement une distinction matérielle. Les immeubles sont les choses qui ont une situation fixe ; les meubles sont les choses qui n'ont pas cette fixité et qui peuvent être déplacés d'un endroit dans l'autre.

çoit que la propriété des immeubles est moins exposée que celle des meubles, puisqu'on ne peut ni en faire disparaître la possession ni en dissimuler l'identité. De là une première distinction, dont toutes les législations pénales ont tenu compte, dans l'organisation des moyens de protection de la propriété.

2082. Quand on analyse les attentats dont elle peut être l'objet, on en découvre immédiatement deux groupes principaux : tantôt le fait délictueux consiste dans une *appropriation* de la chose d'autrui; tantôt, dans une *destruction* totale ou partielle de cette chose. La cupidité et la méchanceté, ces deux sources principales de la criminalité, n'inspirent pas également ces deux genres d'attentats; on ne prend guère que par cupidité (*lucri faciendi causa*), on détruit ou on dégrade par méchanceté (*damnum injuria datum*).

Chacun de ces groupes comprend différentes espèces de délits,

a) L'appropriation de la chose d'autrui peut se manifester de deux manières[2] : soit par l'appréhension et le déplacement de cette chose, soit par la disposition abusive qu'on en fait après l'avoir reçue. De là deux types de délits : le *vol* et l'*abus de confiance*.

Le *vol* se subdivise en deux branches : le *vol* proprement dit, dans lequel l'agent s'empare directement de la chose d'autrui par ruse ou par violence; l'*escroquerie*, dans laquelle l'agent emploie un moyen frauduleux pour se faire remettre l'objet du délit. C'est le vol par tromperie.

L'abus de confiance, c'est le détournement d'une chose confiée, *appropriazone indebita* disent énergiquement les Italiens.

La proche parenté des divers actes d'improbité est mise en évidence par la conception romaine du *furtum* qui comprenait tous ces faits sous une qualification unique. Mais s'ils se sont peu à peu détachés et différenciés les uns des autres, le caractère commun qui permet de les grouper, c'est qu'ils consistent tous dans une appropriation illicite du bien d'autrui. Cette ap-

[2] Le vol, l'escroquerie et l'abus de confiance sont des formes juridiques diverses d'un même délit. Aussi le nouvel article 58 du Code pénal (modifié par la loi du 26 mars 1891) considère « *comme étant, au point de vue de la loi, un même délit* », les délits de vol, escroquerie et abus de confiance.

propriation se présente sous la forme d'une soustraction brutale dans le vol, d'une obtention frauduleuse dans l'escroquerie, d'un détournement dans l'abus de confiance.

b) Les *destructions*, *dégradations*, *dommages* diffèrent du vol, soit par le *moyen* employé, soit par la *nature des choses* auxquelles ces délits s'attaquent. Mais ces actes, à la différence de la soustraction de la chose d'autrui, peuvent atteindre la propriété immobilière comme la propriété mobilière.

2083. L'évolution des idées et des institutions n'amène que lentement à faire ces distinctions. Le point de départ des législations primitives est la séparation du *vol clandestin* et du *vol avec violence*. Le premier seul, considéré comme un acte honteux et lâche, est réprimé par la loi pénale. Ce n'est que bien plus tard, qu'on punit les actes de violence qui ont pour but de s'emparer de la propriété d'autrui. La distinction subsiste cependant toujours au point de vue du mode de répression, et les Codes les plus modernes séparent les vols commis à main armée ou avec violence des autres vols. Le Code pénal italien les a distingués sous le nom de *rapine* ou de *rançonnement*. Il est vrai que, chez nos voisins, les faits de banditisme sont assez fréquents pour attirer d'une façon spéciale l'attention de la loi. Mais, en France même, où, bien que rares, ils ne sont pas tout à fait inconnus, il y aurait lieu de leur consacrer une disposition spéciale, car il y a autre chose qu'un vol : il y a remise obtenue à l'aide de violence plutôt que soustraction.

2084. Le Code pénal français de 1810 contient une classification tripartite des délits contre la propriété qui, sans constituer un système scientifique, satisfait, cependant, aux exigences de l'utilité pratique. Il répartit ces délits en trois sections : la première comprend les *vols;* la seconde, les *fraudes;* la troisième, les *destructions*, *dégradations* et *dommages*.

2085. Les éléments de la statistique comparée des crimes et délits contre les personnes et des crimes et délits contre la propriété est facile à établir en France[3]. Mais l'interprétation des

[3] Voyez le *Compte général* pour 1880 (ce compte renferme des revues rétrospectives intéressantes, Voy. notamment, p. XLII). Depuis cette époque

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] *La philosophie pénale*, p. 351. [illegible] la criminalité dans les cinq grandes nations de l'Europe occidentale (France, Italie, Angleterre, Autriche-Hongrie, Allemagne), [illegible] formulé les lois suivantes : 1° à mesure que la société est plus civilisée, les mobiles réfléchis, tels que la cupidité, tendent à remplacer, comme facteur [illegible] criminalité, les passions impulsives, telles que colère, etc. [illegible] présentent le plus de procès civils sont également celles [illegible] de crimes ; 3° plus un pays est centralisé de lon-

SECTION PREMIÈRE

Des vols.

---

§ CXXXI. — DÉFINITION ET ÉLÉMENTS DU VOL [1].

C. p., art. 379).

2086. Difficulté de définir le vol. La définition de l'article 379. — **2087.** Éléments constitutifs du vol. — **2088.** Premier élément. De la soustraction. En quoi elle consiste. — **2089.** La nécessité de ce premier élément limite l'application du vol à trois points de vue. — **2090.** Le vol ne peut avoir pour objet qu'une chose mobilière et corporelle. Difficulté. Vol d'électricité. — **2091.** Des actes qui peuvent être qualifiés de soustraction. — **2092.** Le détournement des choses trouvées constitue-t-il un vol? Distinction. — **2093.** Celui qui s'empare d'un trésor commet un vol. — **2094.** L'individu qui s'empare d'une chose qui lui a été remise par erreur ou qui est arrivée en sa possession par cas fortuit commet-il un vol? Difficultés. Diverses hypothèses. — **2095.** Remise de l'objet détourné, sollicitée et obtenue par le vol ou la fraude. Remise obtenue d'un inconscient. Y a-t-il vol dans ces divers cas? — **2096.** De la consommation du vol par la soustraction. Conséquences. — **2097.** De la tentative de vol. Double degré. **2098.** De la chose d'autrui comme élément du vol. Des *res nullius* et des *res derelictæ*. Des choses indivises. — **2099.** Dans notre droit, le propriétaire ne peut commettre de vol relativement à sa propre chose, alors même que, par un acte de sa volonté, il l'aurait remise à un tiers avec droit de la conserver. — **2100.** De la fraude comme élément du vol. — **2101.** Cet élément, considéré dans la personne de l'agent, se ramène à l'intention de celui-ci d'arriver à une appropriation injuste. Des mobiles du vol. — **2102.** L'intention frauduleuse doit-elle être concomitante à la soustraction? Difficultés. — **2103.** Il faut qualifier, à ce point de vue, la soustraction. — **2104.** Le défaut de consentement, chez la personne au droit de laquelle la soustraction porte atteinte, est un caractère commun aux vols et aux autres délits contre la propriété.

2086. En législation positive, la définition d'une incrimina-

gue date, plus il y a une criminalité urbaine hors de proportion avec la criminalité rurale. — Mais ces prétendues lois ne suffisent pas à expliquer l'état de la criminalité en France.

§ CXXXI. [1] BIBLIOGRAPHIE : A. DESJARDINS, *Traité du vol dans le droit romain*, 1881 ; COSTARELLI, *Del furto, studio delle legislazioni europee comparate al Codice del regno d'Italia*, Catania, 1870; Victor MOLINIER, *La répression du vol d'après les lois anciennes et la jurisprudence du Parlement de Toulouse*, 1868; FERRINI, *Archivio giuridico*, 1891, p. 423-471.

[illegible], aussi fréquente et aussi variée dans sa forme que le vol, [illegible] vertueuse, bien que nécessaire : il faut en effet que cette définition comprenne un nombre infini de situations, mais il faut aussi qu'elle les renferme dans des limites infranchissables à l'arbitraire du juge. Le droit romain était extensif, au point de vue de la matérialité du délit, et limitatif, au point de vue de l'intention de l'agent. D'une part, en effet, il admettait que le vol pouvait consister dans l'appropriation de l'usage ou de la possession d'une chose (*furtum usus vel possessionis*), aussi bien que dans la soustraction de la chose elle-même (*furtum rei* : mais, d'autre part, il exigeait, comme élément essentiel du délit, que l'agent ait eu le lucre pour mobile, *lucri faciendi gratia*[1]. Les législations modernes ont écarté, tout à la fois, cette extension et cette limitation de la notion du vol, en n'incriminant, sous cette qualification, que la soustraction de la chose d'autrui, mais en y comprenant tous les faits qui rentrent sous cette qualification, lorsqu'un mobile mauvais, même distinct du lucre, a déterminé la volonté de l'agent.

C'est cependant à un jurisconsulte romain qu'on peut emprunter la définition à la fois précise et moderne du voleur : *Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat*[2]. Le Code pénal de 1810 [illegible] *Quiconque a [illegible] ne lui appartient pas [illegible]*.

2087 [illegible] *chose* [illegible] *soustraction* [illegible] *fraude* [illegible]

[illegible]

comprend la *soustraction* de la *chose d'autrui ;* sa moralité, la *fraude* qui en est le mobile.

On constate déjà, en s'arrêtant à cette conception générale, que notre Code pénal n'a pas donné à la notion du vol une extension comparable à celle qu'elle avait reçue dans le droit romain [4] et que, par tradition, elle avait conservée dans notre ancien droit [5]. Le vol s'entend uniquement aujourd'hui de la *soustraction frauduleuse*, c'est-à-dire de la manœuvre par laquelle un individu *enlève* un objet quelconque à son légitime propriétaire, contre le gré de celui-ci. Quant aux actes délictueux, tendant à l'appropriation du bien d'autrui et qui sont réalisés sans un fait matériel de soustraction, par exemple par abus de mandat ou de dépôt ou en se faisant remettre l'objet par fraude ou tromperie, ils sont différenciés du vol et qualifiés, suivant les cas.

[4] Desjardins, *op. cit.*, p. 107, n° 121. « D'où vient au *furtum* cette étendue qui fait l'originalité du droit romain en cette matière? Pourquoi ne s'est-il pas contenté d'atteindre l'acte qui consiste à soustraire frauduleusement la chose mobilière d'autrui? Pourquoi a-t-il désigné, du même nom, tant d'autres actes, dont quelques-uns s'en rapprochent sans doute, mais dont quelques autres paraissent s'en éloigner beaucoup?... Ce qui est vrai c'est qu'il fallut aux Romains un temps assez long pour protéger les citoyens par des moyens purement civils contre certains genres de fraudes, contre le dol en général. Ce qui fit étendre d'une manière si considérable la notion du *furtum*, c'est la nécessité pratique. »

[5] Nos anciens criminalistes donnent, en effet, une notion du vol qu'ils empruntent au droit romain et qui est beaucoup plus compréhensive que celle qu'on trouve dans l'article 379 du Code pénal actuel. « Le vol dit Muyart de Vouglans (*op. cit.*, p. 278), est une soustraction ou abus frauduleux que l'on fait de la chose d'autrui, en se l'appropriant contre son gré, ou même en le privant de l'usage et de la possession qui lui en appartient, pour en faire son profit particulier, contre la prohibition du droit des gens. » Cette notion n'est qu'une traduction de la définition du § 1 du titre *De furtis* du Digeste. Elle comprend l'abus de confiance, l'escroquerie et même la banqueroute frauduleuse, délits qui sont différenciés dans les articles 408, 405 et 402 de notre Code pénal actuel. Ces dernières variétés du vol étaient distinguées des autres, quant à l'application de la peine. Voy. Jousse, *op. cit.*, t. III, p. 254, et t. IV, p. 172 et suiv. Car, « *dans nos mœurs*, dit cet auteur (*op. cit.*, t. IV, p. 178), nous n'admettons pas d'autre larcin que celui qui se fait de la chose même pour se l'approprier ». C'est donc la théorie moderne qui se forme.

d'*abus de confiance* ou d'*escroquerie*. Ils impliquent l'emploi de la ruse, tandis que le vol implique toujours un acte de violence, ou plutôt une *voie de fait* sur la chose.

Cette distinction domine le droit moderne. Elle est entrée, depuis longtemps, dans les notions essentielles de la criminalité[6].

2088. *De la soustraction comme élément du vol.* — Le premier élément du vol consiste dans une *soustraction* (*contrectatio*). Ce terme, équivalent aux termes *adtrectare*, *locomovere*, *amovere*, *tollere*, *aufere*, dont se servent indifféremment les juriconsultes romains, en parlant du *furtum*, exprime l'idée d'un acte au moyen duquel une chose passe de la possession du légitime détenteur dans celle de l'auteur du délit, à l'insu ou contre le gré du premier. *Contrectatio quæ scilicet fit cum res movetur loco, contrectare nihil aliud est quam loco movere.* Une soustraction c'est donc, tout à la fois, une *appréhension* et un *enlèvement*[7]. Aussi la Cour de cassation décide « qu'il ne peut y avoir lieu à l'application des lois pénales sur le vol, qu'autant que la chose enlevée à autrui a été soustraite, c'est-à-dire *appréhendée* contre le gré du propriétaire[8] » ; que « pour sous-

[6] Le § 242 du Code pénal allemand porte : « Quiconque enlève, dans l'intention de se l'approprier illégalement, un objet mobilier appartenant à autrui, est coupable de vol. » Code pénal italien, article 402 : « Quiconque s'empare d'une chose meuble appartenant à autrui, pour en tirer profit, en l'enlevant du lieu où elle se trouve sans le consentement de celui à qui elle appartient, est puni de la réclusion... ». Cependant, les lois britanniques, 24 et 25 Vict., ch. XCVI, sect. 26; projet de Code pénal, sect. 244 et 245, n'exigent pas l'enlèvement pour qu'il y ait vol : la disposition illégale et frauduleuse du bien d'autrui suffit pour caractériser cette infraction.

[7] Voy., pour notre ancien droit, les définitions que donnaient du vol, JOUSSE, t. IV, p. 166; MUYART DE VOUGLANS, *Lois* criminelles, liv. III, tit. VI, n° 3. FERRIÈRE (*Dict. de droit*, v° *Larcin*) définissait le vol « L'enlèvement et la soustraction frauduleuse et clandestine de quelque chose qui appartient à autrui, dans l'intention d'en profiter. » DENIZART (*Coll. de Déc.*, v° *Vol*) disait que « voler, c'est prendre ou soustraire ce qui appartient à autrui pour se l'approprier ou malgré lui ou à son insu ».

[8] Cass., 20 mars 1835 (*B. cr.*, n° 435); 28 février 1883 (S. 83. 1. 353), note de M. Lacointa. Dans ce dernier arrêt, la chambre civile de la Cour de cassation détermine le sens du mot *vol* employé par l'art. 2279 du Code civil, en se référant à la loi pénale.

traire, il faut *prendre, enlever, ravir*[9] » ; que, « soustraire, c'est *prendre*[10] ». En un mot, l'appréhension n'est une manifestation complète de la volonté du voleur que par l'enlèvement qui *consomme* l'acte matériel incriminé. C'est là une notion absolument essentielle et qui nous donnera la solution d'un grand nombre de questions qui seront étudiées à leur place[11].

2089. La nécessité de ce premier élément limite l'application des règles du vol aux trois points de vue suivants : 1° les *biens* auxquels ce délit s'applique ; 2° les *actes* au moyen desquels il s'accomplit ; 3° la *consommation* du délit.

2090. I. Il est évident, d'abord, que le vol ne peut avoir pour objet qu'une *chose mobilière* : en effet, la soustraction, l'enlèvement d'une chose suppose nécessairement que cette chose peut être transportée d'un lieu dans un autre, qu'elle peut être appréhendée et déplacée[12]. Mais la division civile des biens en *meubles* et *immeubles* est sans application en notre matière. Il importe peu, en effet, que la chose fût déjà *mobilière* au moment où se produit le vol, ou qu'elle le devienne par le vol même. Le délit n'est possible que si la chose, qui en est l'objet, a pu être déplacée, et c'est seulement cette nécessité que l'on veut constater par l'exigence du caractère mobilier de la chose volée. Or, si l'on ne peut soustraire un immeuble, on peut en soustraire des portions en les mobilisant. Une telle soustraction constitue-t-elle un vol ? On n'en saurait douter. La chose enlevée ne fait plus partie de l'immeuble ; c'est le voleur lui-même qui l'a mobilisée. Ainsi, le charbon d'une mine, le sable ou les pierres d'une carrière, le gravier d'une terre, les portes ou fenêtres d'une maison, peuvent être l'objet d'un vol, lorsque ces di-

[9] Cass., 18 novembre 1837 (S. 38. 1. 366).

[10] Cass., 9 novembre 1849 (D. 49. 5. 112). Voy., notamment Cass., 27 janvier 1898 (D. 99. 1. 327).

[11] Comp. Chauveau et Hélie, t. V, nos 1885 et 1886; Blanche, t. V, no 460.

[12] Les Institutes de Justinien, en énonçant cette règle, attestent qu'elle n'a pas toujours existé : *Abolita est quorumdam veterum sententia, existimantium etiam fundi locive furtum fieri.* Voy. pour la doctrine de Sabinus, Aulu-Gelle, 11, 18, 13, et pour son rejet, Gaius, D. 41. 3, *De usurp.*, 38.

[illegible] sont détachées de l'immeuble par l'appropriation [illegible]-même [13].

[illegible] *incorporelles*, telles que les droits, les pensées, les [illegible] sont, pas plus que les immeubles, susceptibles de dé[illegible], d'enlèvement, et, dès lors, elles ne peuvent être [illegible], pas plus que les immeubles. Mais souvent le droit [illegible] constaté par un *titre*. Ce titre est un objet corporel qui de[illegible] matière à soustraction. Alors, le vol ne porte pas sur le [illegible], mais uniquement sur le *titre* qui est bien une chose cor[illegible]elle [14]. D'autre part, la pensée peut être écrite, imprimée : la [illegible]ttre, le manuscrit, le livre sont susceptibles de vol, en tant qu'objets corporels et abstraction faite de ce qu'ils contiennent [15].

[13] La C[illegible] 1862, que des [illegible] d'un champ [illegible] 379 et [illegible] hyp[illegible]

En dehors de ces deux limitations, qui résultent de la nature même du délit, le domaine du vol embrasse toutes les *choses* qui ont une *valeur quelconque*.

Le mot « *choses* », est employé à dessein, avec son indétermination absolue, par l'article 379 du Code pénal, comme synonime de « biens ». Les choses sont des « biens », au sens juridique du mot, non pas lorsqu'elles sont *utiles* à l'homme, mais lorsqu'elles sont *appropriées*. Or, les *forces* de la nature peuvent être appropriées : elles deviennent alors l'objet d'un droit de propriété, et peuvent être, par suite, l'objet d'une soustraction frauduleuse. C'est ainsi que le détournement d'électricité, par un abonné qui consomme plus de force ou de lumière que son contrat ne lui en donne le droit, ou par un étranger qui, par un procédé quelconque, s'éclaire gratuitement ou se procure un moteur gratuit, constituerait sans difficulté un vol[16]. La question, dans ces dernières années, a été l'objet d'une appréciation différente en Italie et en Allemagne. En Italie, le vol d'électricité a été admis par la Cour de cassation dans un arrêt du 13 juillet 1898[17]. En

propriété et ne peut s'appliquer qu'aux objets compris dans le patrimoine, et ayant une valeur en argent. Mais ce serait restreindre évidemment la nature du délit que d'exiger cette dernière condition. La jurisprudence française a toujours considéré comme un vol la soustraction frauduleuse d'un *objet* quelconque, d'une *chose*, quelle qu'en soit la valeur pécuniaire, et alors même qu'elle n'aurait qu'une valeur d'affection et de souvenir, alors même qu'elle n'aurait de valeur que pour celui qui la soustrait.

[16] Le procédé employé pourrait constituer le délit de tromperie. Voy. à propos d'une hypothèse voisine : Cass., 16 février 1899 (S. 1900.1.471).

[17] Cet arrêt est reproduit dans la *Rivista penale*, t. XLVIII, p. 343. Il cassait l'arrêt de la Cour d'appel d'Aquila, qui avait déclaré la théorie du vol inapplicable. La Cour de cassation déclare que l'art. 402 du Code pénal italien protège la propriété de toute chose mobilière ; que la qualité de chose mobilière appartient à tout ce qui peut être pris avec la main ou se mouvoir de lui-même, ou être transporté d'un lieu dans un autre; enfin que le vol de la chose mobilière consiste dans l'attentat frauduleux au droit de propriété sur la chose d'autrui. Ceci posé, la Cour observe que l'électricité peut être légitimement considérée comme la propriété de la personne qui la produit avec ses forces et ses moyens propres; que transmissible et transportable au moyen d'un fil, elle a la qualité de chose mobilière ; et, dès lors, que le tiers qui s'en empare frauduleusemen dans un but de lucre, grâce à un fil dérivatif, commet un acte qui a

[illegible] au contraire, la possibilité juridique du vol [illegible] a été repoussée. Le Tribunal supérieur d'Empire [illegible] à voir une erreur de droit dans les motifs des juges [illegible] qui avaient écarté l'application des peines du vol à un [illegible] frauduleux d'électricité [18]. En France, toutes les [illegible] que la question s'est posée, elle n'a pas fait l'ombre d'un [illegible] [19]. L'électricité est, dans le sens de l'article 379, une [illegible] », comme l'eau, le gaz d'éclairage, la vapeur. Car pour [illegible] cette chose sous la protection d'un texte général, il n'est [illegible] de prendre parti sur la nature scientifique de cette [illegible]. Que l'électricité soit un fluide, un courant circulant le [illegible] du fil conducteur, qu'elle soit au contraire une vibration [illegible], une énergie, une force, peu importe. L'article 379

[illegible] le caractère d'un vol. Le fait que l'électricité est une chose incorporelle et impondérable n'est pas une objection contre cette solution. Le caractère incorporel ou impondérable ne dépouille pas l'électricité de sa qualité de chose mobilière; et le législateur, en prévoyant le vol des choses mobilières, n'a pas exclu les choses impondérables de la protection qu'il organisait; car il a envisagé les choses comme objets de droit, comme biens, et non pas dans leurs qualités physiques ou matérielles; celles-ci ne peuvent avoir qu'une conséquence unique qui est de faire varier la manière dont l'appropriation sera possible.

[18] Tribunal de l'Empire, arrêt du 20 oct. 1896 (*Rivista penale*, t. XLV, p. 565). Les juges du fait avaient déclaré que, dans la définition du vol, donnée par le § 242 du Code pénal allemand, le mot « choses » s'entendait seulement des objets corporels ; et que les objets incorporels, comme les droits, les pensées, ou les forces des machines, n'étaient point susceptibles de vol. Depuis cet arrêt, et malgré les discussions que cette décision suscita parmi les jurisconsultes allemands (Dans le sens de l'arrêt : FREUDENTHAL, *Zeitschrift*, t. XVII, p. 488 et 881 : Adolften HOMPEL, *Ibid.*, t. XIX, p. 810, note 43. En sens contraire : DERNBURG, *Deutsche Juristenzeitung*, n° du 15 [illegible] 1896 ; OSTWALD, *Ibid.*, n° du 15 mars 1897), la jurisprudence a [illegible] sa théorie : Trib. de l'Empire, 1er mai 1899.

[19] D'après le Trib. correctionnel de Troyes, jugement du 7 nov. 1893 (D. 95. 2. 102), [illegible] C[illegible] avec laquelle il a un contrat [illegible] pour [illegible] usage d'une lampe [illegible] encore [illegible] Même [illegible] Trib. [illegible] 12 mai 1897 (D. 97. 2. 367).

est applicable, en dehors des choses immobilières, à tout ce que s'approprie l'activité de l'homme *dans le domaine de la nature.* Sans doute, il n'y a pas de vol de droits, d'idées, car on ne soustrait pas un droit, on ne soustrait pas une idée, et d'autres dispositions protègent ces biens contre une appropriation frauduleuse. Mais l'article 379 est assez large, assez général, pour suivre et protéger le développement de l'activité humaine s'appropriant les forces de la nature et créant ainsi une richesse avec la matière ou par la matière.

Nous ne croyons pas, dans ces conditions, qu'une nouvelle loi spéciale[20], destinée à prévoir le vol d'électricité, soit nécessaire ou même utile[21].

2091. II. S'il est facile de préciser le sens exact attribué par le Code pénal français au mot *soustraction*, il ne l'est pas toujours de déterminer les actes qui rentrent sous cette qualification. Ce qui distingue essentiellement le *vol* de l'*escroquerie* et de l'*abus de confiance*, c'est que la victime de la soustraction frauduleuse ne s'est pas volontairement dessaisie de l'objet enlevé, tandis que la personne lésée par l'abus de confiance ou l'escroquerie l'a, plus ou moins volontairement, remise à celui qui s'en est emparé. Presque toutes les difficultés de répression ou de qualification qui se sont présentées à propos de cet élément du délit et qui naissent de la différenciation faite par les lois modernes entre le vol, l'escroquerie et l'abus de confiance, se ramènent à savoir s'il y a eu abandon ou remise par le propriétaire à celui qui s'est frauduleusement approprié l'objet détourné. Il faut sérier les difficultés, avant d'essayer de les résoudre.

2092. *a* Celui qui, ayant trouvé une chose appartenant à autrui,

[20] Le législateur allemand, par une loi du 8 août 1882 (art. 23), a assimilé le détournement d'électricité au vol simple (*Ann. de législ. étr.*, de 1883, p. 269). C'est ce que vient de faire le législateur allemand, en présence de la jurisprudence rangée plus haut. Par une loi du 9 avr. 1900 (*Zeitschrift für die gesammte*, etc., t. XX, p. 459), il a érigé en délit spécial la soustraction frauduleuse du travail électrique.

[21] C'est ce que demande cependant M. Roux, dans un intéressant article sur « *Le vol et l'électricité* », paru dans le *Journ. des Parquets*, 1900, art. 112, p. 85 à 92.

la retient frauduleusement, commet-il un vol? Cette que
fait l'objet d'ardentes controverses. Parmi les criminalist
une répondent affirmativement; les autres, négativement
tres, enfin, distinguent deux situations. D'après les princi
droit romain, celui qui prend possession d'une chose perdu
se l'approprier, commet le délit de vol [22]. Ce même fait
t-il dans la définition du vol, donnée par l'article 379 du
pénal? La jurisprudence n'a jamais hésité à l'admettre [23]
cette solution a été contestée. Il ne faut pas confondre, a-t-
la *soustraction* avec la *détention* frauduleuse : l'une implic
enlèvement, un déplacement de la possession ; elle est l'él
essentiel du vol. Or, pour enlever une chose à quelqu'un,
que celui-ci la possède, et comment admettre que l'on p
une chose perdue, c'est-à-dire une chose dont on ignore la
tion et l'existence? Cette objection est le résultat d'une
sion. Pour savoir, en effet, s'il y a ou s'il n'y a pas soustra
il faut se placer, non au point de vue du propriétaire de
appréhende, mais au point de vue de l'auteur de l'appréhe
celui-ci a-t-il oui ou non enlevé la chose, c'est-à-dire s'en
empare, alors qu'elle n'était pas encore en sa possessio
bien celui-ci l'a-t-il détournée qu'après qu'elle lui avait été vol
remise? Dans ce premier cas seulement, il est e
[illegible]
[illegible]
[illegible]

Une distinction s'impose, du reste, dans toute législation qui considère ce fait comme une espèce de vol. Il se peut, en effet, que l'*intention frauduleuse* n'existe pas au moment même de la prise de possession, que cette intention ne naisse, dans l'esprit de l'agent, qu'après cette mainmise. Supposons, par exemple, qu'un individu ramasse, sans aucun mauvais dessein, un portefeuille; qu'il le porte chez lui dans l'intention d'en rechercher le propriétaire et de le rendre à celui-ci. Mais, au lieu de papiers sans importance, le portefeuille renferme des valeurs, des billets de banque. Si cette découverte fait naître en lui la pensée de se l'approprier, commet-il un vol? En droit romain, le vol, résultant de la *contrectatio*, pouvait se rencontrer dès que l'agent manifestait l'intention de s'approprier la chose, en la cachant, en s'en servant comme sienne, en la vendant ou en la donnant. Mais tel n'est pas le système du Code pénal de 1810, d'après lequel le vol se constitue par la soustraction de la chose d'autrui, avec intention d'en dépouiller le propriétaire. Or, dans la circonstance dont nous parlons, les deux éléments du vol n'ont pas coexisté. Ils se sont juxtaposés l'un après l'autre. En effet, l'agent s'est saisi de la chose, sans avoir l'intention de se l'approprier; il n'a pris la résolution de se l'approprier que plus tard : il est dans la situation du dépositaire qui détourne la chose qu'il s'est obligé de restituer, avec cette différence que lui s'est emparé de la chose, *invito domino*. Dans l'état de notre législation, ce fait ne constitue donc, ni un *vol*, puisque, s'il y a appréhension suivie de rétention frauduleuse, il n'y a pas soustraction frauduleuse, ni un *abus de confiance*, puisque la chose n'a pas été mise en la possession de l'inculpé par un acte du propriétaire impliquant confiance en lui et obligation pour lui de restituer : c'est une fraude *sui generis*, qui n'est prévue par aucun texte du Code pénal[24].

[24] Il faut, en effet, la réunion de ces deux conditions pour constituer la soustraction frauduleuse. Comp. Cass., 28 août 1873 (*B. cr.*, n° 262 ; 24 juin 1876 (*B. cr.*, n° 147). Comp. BLANCHE, t. V, n° 107. Mais si l'intention frauduleuse concomitante à l'appréhension ne se présume pas, il résulte de nombreux arrêts que la preuve de cette intention peut se tirer de circonstances postérieures (Paris, 9 nov. 1855, D. 56. 2. 130, 30 janv. 1862,

Ces considérations démontrent la nécessité d'incrim de s'emparer d'une chose perdue par une dispositi lière, à l'exemple de beaucoup de législations étrangèr part, l'agent, que le hasard seul fait criminel, est ce moins dangereux que celui qui a préparé le délit, et de ce fait est d'un degré bien inférieur à la gravité du d'autre part, la rétention frauduleuse d'une chose, qu partenir à autrui, est une faute grave qui mérite d'êtr ment incriminée[26], car l'occasion fait le larron et ré ture criminelle de l'agent.

2093. *b*) Celui qui a découvert une chose de prix, enfouie, et qui sait ou qui doit raisonnablement supp appartient à autrui, commet certainement un vol, s'i de cette chose dans une intention frauduleuse. Mai de même si, trouvant, dans le fonds d'autrui, un *trés* ment dit, c'est-à-dire une chose de prix, cachée o sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, de cet objet? On connaît la distinction établie par l pour résoudre la question d'acquisition de propriété : est trouvé par un propriétaire dans son propre fonds, i tient tout entier; s'il est trouvé dans le fonds d'autru tient, pour moitié, à celui qui l'a découvert, et, p moitié, au propriétaire du fonds (C. civ., art. 716). I tion, dans cette dernière hypothèse, étant faite par la produit un effet immédiat au profit du propriétaire, mé sans qu'aucune prise de possession intervienne de donc l'inventeur s'empare de la totalité du trésor, un vol, comme le propriétaire qui soustrait la c

D. 62. 1. 442). Ainsi, celui qui trouve un objet sur la voie publ fait aucune démarche auprès de l'autorité pour l'aviser, celui o objet dans une propriété privée et qui n'avertit pas le propriétai du local peuvent être considérés comme ayant eu, dès l'origi de garder la chose trouvée. Voy. Limoges, 3 mars 1887 (D. 8

[26] Code pénal belge, article 508; Code pénal italien, articl hongrois, § 365.

[26] Voy. sur ce point, les observations de MM. CHAUVEAU et n° 1898, p. 48.

mune. Cette solution ne peut être sérieusement contestée[27].

2094. *c*) L'individu qui s'approprie des choses appartenant à autrui et dont il est entré en possession à la suite d'une *erreur* ou d'un *cas fortuit*, commet-il un vol? La *remise* de l'objet du délit aux mains du coupable est certainement exclusive de l'idée de *vol :* l'examen du chapitre des crimes et délits contre la propriété en fournit la preuve évidente. Ce chapitre, en effet, prévoit trois formes spéciales de délits : le *vol*, l'*escroquerie*, l'*abus de confiance*. Or, le premier de ces délits se sépare des deux autres en ce qu'il ne suppose pas la remise de la chose entre les mains du voleur, remise qui doit, au contraire, être constatée, comme but même du coupable, dans l'escroquerie, comme préliminaire indispensable du délit, dans l'abus de confiance. Comment admettre, dès lors, que le Code pénal ait prévu, dans l'article 379, certains faits qui ne différeraient de l'escroquerie qu'en ce que les manœuvres définies et caractérisées dans l'article 405 ne s'y rencontreraient pas? Comment reconnaître deux espèces d'escroquerie : l'une, qualifiée *escroquerie* proprement dite, et punie par l'article 405, l'autre, que l'on serait forcé de qualifier *vol*, et à laquelle on appliquerait les peines de l'article 401? Les mêmes observations s'imposent au

[27] *Sic*. Cass., 18 mai 1827 (D. 27. 1. 244); 3 mars 1894 (S. 95. 1. 157). Voy. note sous Cass. de Florence, 22 janv. 1887 (S. 87. 4. 12). La solution est aujourd'hui certaine. Les premiers commentateurs du Code pénal avaient, au contraire, soutenu l'opinion que l'appropriation fraudueuse de la totalité du trésor par l'inventeur ne constituait pas un vol. Voy. CARNOT, *Comm. sur le Code pénal*, t. II, sur l'art. 379, n° 16; RAUTER, *op. cit.*, t. II, n° 507. Le premier de ces auteurs s'appuyait sur l'ancien droit qui frappait l'inventeur, non des peines du vol, mais d'une amende égale au double de la part lui revenant dans le trésor, ou même ordinairement de la privation de cette part (Voy. SERRES, *Instr. au droit franç.*, liv. II, tit. 1er, § 39). Le second, invoquant un motif plus général, prétendait que l'enlèvement frauduleux ne constituait pas un vol, lorsque l'objet soustrait ne pouvait pas être distingué de la chose propre de l'auteur de l'enlèvement, parce qu'elle en était légalement indivisible pour le moment. Mais ces deux motifs n'ont pas paru suffisant. La disposition de l'ancien droit n'ayant pas été reproduite, le droit commun du vol reçoit application. Or, il n'y a aucune impossibilité juridique à envisager la chose commune, par rapport aux droits qu'a sur elle l'autre copropriétaire, comme une chose appartenant à autrui.

[illegible] de confiance. La remise de l'objet détourné, si [illegible] à titre de louage, de dépôt, de nantissement, ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de le rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou emploi déterminé, est suffisante pour constituer le délit, mais cette remise est également nécessaire. Si donc, elle a eu lieu à un tout autre titre, il n'y a plus de délit. Et cette règle est même confirmée par l'histoire des extensions successives de l'article 408. Le Code pénal de 1810 n'avait incriminé que le détournement des objets remis à titre de dépôt, ou pour un travail salarié : la loi du 28 avril 1832 y ajouta le louage, le mandat et le travail non salarié, et la loi du 13 mai 1863, le nantissement et le prêt à usage. Qu'était-il besoin de ces extensions, si le détournement de l'objet, remis à un autre titre que l'un de ceux qui sont spécifiés dans l'article 408, constituait un vol? Ces notions incontestables nous paraissent nécessaires à rappeler avant d'examiner la question que nous avons précédemment posée. L'*erreur*, qui a eu pour résultat une remise aux mains du prétendu voleur, peut porter, en effet, soit sur la *totalité* ou une *partie* seulement de l'objet remis, soit sur la *personne* même de celui auquel l'objet est délivré.

1° Le cas où l'erreur porte sur la *totalité* de l'objet se présente dans les hypothèses assez fréquentes, où le *tradens* ne savait pas remettre cet objet. Y a-t-il vol, par exemple, dans le fait d'un individu qui garde frauduleusement un billet de banque, renfermé, à l'insu du propriétaire, dans un paquet de marchandises que celui-ci a vendues, ou dans un vêtement qu'il a donné? L'acheteur d'un meuble, qui s'approprie une somme d'argent qui s'y trouvait cachée à l'insu du vendeur, tombe-t-il sous le coup de l'article 401? Dans ces hypothèses et autres analogues, manque certainement le premier élément du vol, la *soustraction*. L'agent s'est bien approprié frauduleusement des choses qui ne lui appartenaient pas, mais il ne les a pas soustraites. On ne peut donc dire qu'il y ait vol, c'est-à-dire *soustraction* de la chose d'autrui[28]. Sans doute, la remise a été faite

[28] Cass., 11 juillet 1862 (D. 62.1.443). La Cour refuse de voir une sous-

par erreur, mais elle a été faite. Dira-t-on que la remise du meuble ou du vêtement vendu ne pouvait comprendre ni impliquer la remise, même involontaire et par erreur, d'une somme, d'une valeur, d'un objet qui n'en était pas l'accessoire et dont le propriétaire ne soupçonnait même pas l'existence? C'est jouer sur les mots. La somme, l'objet ou la valeur se trouvait bien entre les mains de l'acheteur, sans qu'il ait eu à les soustraire. La notion de la « soustraction en droit français est évidemment plus étroite que celle de la « *contrectatio* » en droit romain. La *contrectatio* est un acte de maniement, de disposition, dans lequel rentrent non seulement les faits de soustraction qui correspondent à la notion du vol moderne, l'acte de celui qui *enlève* clandestinement la chose d'autrui, mais des faits qui pourraient constituer aujourd'hui un abus de confiance ou une escroquerie, des faits mêmes qui ne seraient punissables à aucun de ces titres. Soustraire, c'est non pas seulement appréhender ce qui ne nous appartient pas, mais l'*enlever* à son véritable propriétaire.

2° L'erreur sur une *partie* de la chose livrée existe, par exemple, quand un débiteur, voulant acquitter sa dette, paye à son créancier une somme plus forte que celle qu'il lui devait : le créancier se tait et conserve la somme entière : commet-il un

traction frauduleuse, dans le fait, par un acheteur, de garder un billet de 100 francs qui venait de tomber dans la manche de l'une des chemises qu'on lui vendait et qui lui avait été remise par une ouvrière. Dans un autre arrêt, du 5 avril 1873 (D. 73. 1. 95), la Cour n'a pas cru devoir qualifier vol, le fait, par un maître, de retenir frauduleusement, au lieu de les restituer à leur propriétaire, deux moutons que son berger lui avait remis comme les ayant trouvés. Voy. également : Cass., 2 mai 1845 (*B. cr.*, n° 158 ; 1er mars 1850 *B. cr.*, n° 75). Dans ces espèces, un individu était poursuivi pour avoir appliqué à son profit des effets de commerce appartenant à autrui et qui lui étaient parvenus par la poste par suite d'une erreur commise dans l'adresse de la lettre d'envoi. La Cour a jugé qu'il n'y avait pas vol, « attendu que le mot soustraire emporte l'idée d'une appréhension, d'un déplacement qui doit être le fait du coupable; que l'article 379 n'est point applicable à celui qui reçoit la chose ou à qui la chose est remise, et qui, ensuite, dans un esprit de fraude, la retient et en dispose. » Voy. sur ces questions : *Journ. du droit crim.*, art. 9241. Mais une évolution en sens absolument contraire semble se manifester dans la jurisprudence depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 28 février 1896 (D. 97. 1. 176).

le croyons pas, alors même que la somme reçue
cédent formerait une partie distincte des deniers
i représentaient la somme réellement due, si, du
a été remis et touché à titre de paiement. On a,
est vrai, contesté cette solution, pour le cas où le débiteur,
ns se tromper sur le *chiffre de sa dette*, mais ne voulant réel-
ment que payer ce chiffre, se trompe, par ignorance ou dis-
traction, sur la *valeur de la monnaie ou du billet* qu'il remet
paiement, et où le créancier, au lieu de relever l'erreur, en-
aisse frauduleusement la somme ainsi remise pour une autre.
a comparé cette situation à celle où le débiteur se trompe sur
chiffre qu'il doit, et non sur le montant de la somme qu'il
erse. Dans ce dernier cas, a-t-on dit, le débiteur a bien eu l'in-
tion de se dessaisir de la somme tout entière; mais, dans le
remier, au fait matériel de remise, ne se joint pas une inten-
on de dessaisissement, et, par suite, il n'y a pas remise volon-
re[29]. Nous avons répondu d'avance à cette objection, en préci-
nt le sens du mot *soustraction*. Là où il n'y a pas enlèvement,
n'y a pas vol; l'intention de la victime, qui livre l'objet, est
ifférente [30]. Aucune contradiction n'existe, du reste, entre
ix solutions: celle qui ne voit pas un vol dans le fait d'abu-
ser d'une distraction ou d'une erreur du propriétaire qui remet un objet à l'auteur de l'appropriation frauduleuse; et celle qui voit, au contraire, un vol dans le fait d'un individu qui ramasse dans la rue un objet perdu et se l'approprie. La remise de l'objet exclut la soustraction dans le premier cas; tandis que cette soustraction est le premier acte de l'appropriation dans le second.

[29] Voy. Bordeaux, 23 juin 1880 (S. 81. 2. 12).

[30] La Cour de cassation a consacré ces idées dans un grand nombre d'arrêts. Elle a décidé, notamment, que l'individu, qui refuse de restituer la pièce de monnaie qu'un autre venait de lui remettre pour l'examiner, ne commet pas un vol (Cass., 7 janv. 1864, D. 64.1.328). Elle a décidé, de même, en ce qui concerne l'individu qui, ayant reçu, par mégarde, une pièce de 10 francs au lieu d'une pièce de 50 centimes, avait refusé de la rendre, après avoir reconnu son erreur (Cass., 1er mars 1850, D. 50. 1. 118). Comp. Bordeaux, 10 avril 1883 (S. 84. 2. 37); Lyon, 29 décembre 1881 (S. 82. 2. 217; D. 82. 2. 160). Comp. sur tous ces points et dans ce sens : Chauveau et Hélie, t. V, n° 1987.

3° L'erreur portera sur la *personne* elle-même, lorsque, par exemple, un colis, expédié par le chemin de fer, ou des valeurs, transportées par la poste, seront remises à un autre que le destinataire véritable. Le fait de s'approprier ce colis ou ces valeurs constitue-t-il un vol? Nous ne le pensons pas. En effet, le mot soustraction « emporte l'idée d'une appréhension, d'un déplacement qui doit être le fait du coupable[31]. » Et cette condition ne se rencontre pas lorsque l'objet a été remis au prévenu par suite d'une erreur sur son identité. Mais il peut y avoir, dans ce cas, une escroquerie lorsque le prévenu use d'une fausse qualité, d'un faux nom, ou de manœuvres frauduleuses, pour s'approprier l'objet qu'il convoite et se le faire remettre.

2095. *d*) La remise de l'objet détourné peut avoir été sollicitée et obtenue par le dol ou la fraude; elle peut être le fait d'un inconscient. Mais, quelle que soit l'hypothèse, l'élément constitutif du vol, la soustraction ne saurait exister.

1° La jurisprudence semble cependant faire une première distinction, entre la *remise volontaire*, qui est le résultat d'une erreur fortuite ou provoquée[32], et la *remise involontaire*, qui

[31] Cass., 2 mai 1845 (D. 45. 1. 298). Comp. Cass., 31 janvier 1856 (*B. cr.*, n° 36); 5 janvier 1861 (D. 61. 1. 43); Blanche, t. V, n° 460. Et, toutefois, la Cour suprême semble incliner, dans ses derniers arrêts, à admettre qu'il puisse y avoir vol dans ces cas. Elle a décidé, en effet, dans un arrêt du 3 mars 1882 (*B. cr.*, n° 6), « que si l'arrêt attaqué constate que le 4 mars 1881, à Auneau, une femme Chatin, par erreur, aurait déposé, dans la voiture des époux Gouhier, qu'elle croyait être celle d'un messager, un paquet contenant des effets d'habillements destinés au sieur Formelly, ledit arrêt déclare en même temps que les époux Gouhier, trouvant ces effets dans leur voiture, les ont appréhendés et conservés frauduleusement, et que, dans ces conditions, on ne saurait admettre qu'il ait été fait auxdits époux Gouhier remise volontaire des effets dont il s'agit, ni que la femme Chatin ait eu l'intention de s'en dessaisir, même momentanément, entre leurs mains ».

[32] La Cour de cassation admet, en effet, que la remise, *sans nécessité* d'un objet, qu'elle ait été faite par le légitime possesseur ou par un tiers, qu'elle ait eu lieu par erreur ou qu'elle ait été provoquée par des machinations dolosives, est exclusive de l'appréhension, élément constitutif du vol. Elle a particulièrement donné cette solution dans l'espèce d'un individu qui se fait remettre par un tiers un objet perdu, en affirmant faussement qu'il en est propriétaire. Cass., 26 févr. 1874 (D. 75. 5. 484). Comp. Caen,

[illegible] d'un aliéné, d'un idiot, d'un individu en état [illegible]. Mais nous ne saurions souscrire à cette distinction, parce qu'elle est contradictoire. Est-ce que celui qui remet, sans le savoir, une somme plus forte que celle qu'il veut verser, ne doit pas être regardé, quant à cette remise, comme ayant agi inconsciemment ? Et, cependant, celui qui a reçu plus qu'il ne lui était dû et qui le retient, ne commet pas de vol. Comment et pourquoi en serait-il autrement, parce que la remise aurait été faite par un individu privé de toute raison et de toute volonté ?

2° Une seconde distinction qui ne nous paraît pas plus exacte que la première, est celle de la *remise volontaire* et de la *remise*

14 févr. 1874 (D. 74. 2. 156). Quelques cours d'appel résistent à cette jurisprudence. Voy. par exemple : Riom, 10 décembre 1873 (D. 74. 2. 156); Orléans, 18 novembre 1884 (D. 87. 2. 26). Le fait de réclamer comme sien et de se faire remettre un objet perdu, en admettant qu'il ne constitue pas un vol, ne peut-il du moins être réprimé comme constituant une escroquerie? La Cour de Douai s'est prononcée pour l'affirmative, le 3 décembre 1862, et a persisté dans sa jurisprudence par un arrêt du 15 novembre 1870 (D. 72. 2. 105). Mais la Cour de cassation a tranché la question par la négative : Cass., 11 juillet 1861 (D. 61. 1. 454), 5 déc. 1862 (D. 63. 1. 140); 12 février 1863 (D. 63. 1. 268). L'affirmation du réclamant que la chose perdue lui appartient ne constitue pas la prise d'une fausse qualité dans le sens de l'art. 405; elle ne doit être considéré que comme un mensonge qui, en dehors de toute manœuvre frauduleuse, ne saurait caractériser l'escroquerie. — Voy. dans le même sens Cass., 11 décembre 1879 (S. 80. 1. 336); 3 février 1898 (*France jud.*, 12 mars 1899). Une Cour d'appel, celle de Nancy, s'est ralliée récemment à la Cour de cassation : Nancy, 15 juin 1897 (S. 99. 2. 102).

[33] La Cour suprême décide qu'il est impossible d'assimiler à une remise volontaire, meme erronée, la remise faite par une personne en état de démence, par une idiote qui n'a pas eu conscience de son acte et n'y a apporté qu'une volonté quasi-animale, de telle sorte que la personne qui fait la remise n'est qu'un instrument passif, à l'aide duquel celui-là même qui reçoit la chose, l'appréhende en réalité frauduleusement : Cass., 18 mai 1876 (*B. cr.*, n° 120). Comp. Blanche, t. V, n° 462. La Cour de cassation a donné la même solution dans le *vol au rendez-moi*. Il consiste habituellement en ceci : un individu entre dans un magasin, achète un objet de faible valeur, et présente en paiement une pièce d'or ou un billet de banque, le marchand rend la monnaie et l'individu se sauve emportant la monnaie, l'objet acheté, s'il lui a été remis, et la pièce d'or qu'il a retenue dans ses mains, ou qu'il reprend rapidement s'il s'en est dessaisi. Voy. Cass., 17 mars 1899 (S. 1900. 1. 249), et la note de M. Roux.

nécessaire, la première seule pouvant donner naissance au délit, quand elle est suivie d'une appréhension frauduleuse. La Cour de cassation, en la formulant, a voulu justifier une solution, souvent donnée par ses arrêts, dans l'hypothèse suivante : un débiteur, sous prétexte d'acquitter sa dette, se fait communiquer le titre constitutif de son obligation ou la quittance qui justifiera de sa libération, et refuse ensuite, dans une intention frauduleuse, de restituer la quittance ou le titre qui lui a été confié. Y a-t-il vol ? Plusieurs arrêts l'avaient déjà décidé [34], et un arrêt du 11 janvier 1867 vint l'affirmer encore une fois, en formulant une distinction qui a fait fortune : « Attendu que s'il n'y a pas de soustraction, et, par conséquent, de vol, dans le sens de l'article 379, lorsque la chose enlevée avait été remise, même momentanément, mais volontairement, par le propriétaire, à celui qui s'en est emparé pour se l'approprier, il en est autrement lorsque la remise est *nécessaire* et *forcée*, telle que la communication au débiteur du billet ou de la quittance qu'il vient d'acquitter; que, dans ce cas, en effet, le possesseur du titre ne s'en dessaisit pas, qu'il ne fait que le placer sous les yeux du débiteur; que cette communication est souvent indispensable à l'exécution du paiement, et qu'il n'en résulte aucune faute qui soit imputable à ce possesseur; que, par conséquent, le débiteur, qui se saisit du billet ou de la quittance, et qui l'enlève, commet une véritable soustraction[35] »,

Ainsi, il y aurait remise, dans cette hypothèse, mais remise qui n'en serait pas une, à raison de la nécessité où se serait trouvé le propriétaire de l'effectuer. Mais alors, s'il y a remise, encore que cette remise soit nécessaire, dans quel acte se trouve donc la soustraction? Il n'y a, à proprement parler, qu'une remise nécessaire, qui n'exclut pas le vol parce qu'elle est le vol même, c'est-à-dire la soustraction de la chose d'autrui, c'est

[34] Cass., 31 [illegible] 1855 (*B. cr.*, n° 115).

[35] *B. cr.*, [illegible] 3. Cet arrêt a été rendu sur rapport de F[illegible] Hélie. Voy. CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 1889. *Adde*, Cass., 25 avril 1884 (S. 86. 1. 439); Agen, 9 janv. 1884 (*Gaz. Pal.*, 84. 1. 705); Paris, 27 janvier 1891 (S. 92. 2. 57); Caen, 9 juin 1898 (S. 99. 2. 94; D. 99. 2. 5); et les notes dans ces deux recueils. Comp. BLANCHE, t. V, n° 462, p. 643.

la remise qui nous est imposée par la violence, celle qui est faite au malfaiteur quand sa victime a le couteau sous la gorge et préfère, pour sauver sa vie, *remettre* sa bourse.

2096. III. Le délit de vol étant constitué par la *soustraction* et non par la *détention* de la chose d'autrui, il faut en conclure que le vol est complet et *consommé* dès que le coupable s'est mis en possession de la chose d'autrui. De ce caractère résultent plusieurs conséquences : 1° Le vol est un délit *instantané* et non un délit *continu ;* il consiste dans la *soustraction*, c'est-à-dire dans un *fait*, et non dans la *possession*, c'est-à-dire dans un *état*[36] ; 2° Aussi dès que l'acte d'exécution, c'est-à-dire dès que le déplacement a eu lieu, l'agent, ayant consommé l'infraction, ne pourrait profiter de l'exemption de peine accordée à tout auteur d'une tentative interrompue par la volonté de l'agent (C. p., art. 2). La restitution de l'objet volé diminuerait, sans doute, sa culpabilité, mais ne la ferait pas disparaître[37] ; 3° Les divers actes de possession ou d'appréhension qu'il accomplirait après l'acte initial de soustraction, ne sauraient être considérés non plus comme constituant, en quelque sorte, une série de vols, soit au point de vue de la prescription, soit au point de vue de la poursuite[38].

[36] Les Romains affirmaient la continuité du vol par la possession. Un certain nombre de textes au Digeste ne laissent aucun doute sur ce point de vue. Le plus caractéristique est le suivant : Dig., 47. 2. 67. Nous serions tenté de regretter que la solution romaine n'ait pas été acceptée par le droit moderne. La détention arbitraire d'une personne est un délit continu ; pourquoi ne pas considérer, comme ayant le même caractère, la détention arbitraire d'une chose ? Cette modification dans la qualification d'un délit qui nous menace de plus en plus aurait pour conséquence de mieux protéger les intérêts sociaux. En somme, le vol continue avec la possession parce que cette possession continue l'activité délictueuse de l'agent. Il est déplorable, par exemple que le vol d'animaux domestiques soit un délit instantané et qu'on le considère consommé dès l'enlèvement.

[37] La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point. Voy. CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 1901.

[38] La Cour de cassation l'a reconnu dans l'espèce suivante : un individu avait soustrait divers objets et avait caché une partie de ces objets. Condamné à deux ans de prison, il alla, à l'expiration de sa peine, reprendre les objets qu'il avait cachés. Il fut poursuivi à raison de ce nouveau fait. La

Mais s'il est incontestable que le vol est consommé par la soustraction, c'est-à-dire par l'enlèvement, si la détention de la chose soustraite n'est qu'une suite du délit et non le délit même, il peut être difficile de déterminer à quel moment précis l'enlèvement est terminé.

On se trouve en présence de trois manières de voir : 1° Tantôt on considère le vol comme consommé, dès que le voleur s'est *mis en possession* de la chose d'autrui, en l'enlevant du lieu dans lequel le propriétaire l'avait placée; 2° Tantôt, on exige, non seulement l'*enlèvement*, mais le *transport* de la chose soustraite dans le lieu où le voleur a l'intention de l'entreposer; 3° Enfin, dans une opinion intermédiaire[39], on ne se contente pas, sans doute, de l'appréhension de la chose, mais on n'exige pas que le transport en soit terminé, on ne voit la consommation du délit que dans le fait du voleur ayant achevé d'enlever la chose soustraite du lieu où elle se trouvait placée par la volonté de l'ayant-droit[40]. Ainsi, l'article 382 punit de la peine des tra-

Cour de cassation décida que, « suivant l'art. 379 du Code pénal, le délit de vol est consommé par la soustraction frauduleuse qui le constitue ; d'où il suit qu'on ne peut voir de nouveaux faits dans les divers actes par lesquels le coupable dispose des objets qu'il a volés » : 4 novembre 1848 (S. 49. 1. 383). Voy. CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 1901. Cette décision, juridique en l'état actuel des textes, nous fait regretter, une fois de plus, que la notion de la continuité du délit n'ait pas été acceptée par la loi. Voy. THIRY, *Cours de droit criminel belge*, 1895, 2e éd., n° 188.

[39] Ces trois écoles sont représentées dans la série des lois étrangères sur le vol. Quelques Codes considèrent le déplacement de la chose comme caractérisant par lui-même la *contrectatio*. Ainsi le Code pénal italien, dans l'article 402 précité, définit le vol : le fait de s'emparer de la chose d'autrui, « en l'enlevant du lieu où elle se trouve ». Les Codes français (art. 379), et belge (art. 461) définissent le vol la *soustraction frauduleuse de la chose d'autrui*, définition qui implique, mais sans l'exprimer d'une manière expresse, la nécessité de l'enlèvement pour que le délit soit accompli. Le Code pénal allemand (§ 242) fait consister le délit dans la prise de possession, *Besitzergreifung*. Le projet du Code autrichien se rattache à cette notion, tandis que le § 258 du Code actuellement en vigueur adhérait plutôt à la définition française. Les Codes hollandais (art. 333), espagnol (art. 530), hongrois (art. 333), etc., adoptent des formules qui, avec quelques nuances, reproduisent ces notions, parfois et non sans raison associées.

[40] MOLINIER *op. cit.*, t. II, p. 44) présente cette opinion sous une autre

de l'opération seulement que l'exécution se trouvant complète, l'agent passe de la *tentative* à la *consommation* du délit. Par conséquent, si, avant d'avoir emporté les objets qu'il a saisis, le voleur se désiste volontairement, le bénéfice de l'article 2 du Code pénal lui est acquis. Mais, jusque-là, le vol peut être aggravé par l'emploi de la violence, comme de toute autre circonstance propre à le faciliter. Il peut être aidé par un complice dans les conditions et les termes de l'article 60 du Code pénal.

Cette théorie, d'après laquelle la consommation du vol suppose, non seulement l'appréhension de l'objet, mais son enlèvement du lieu dans lequel cet objet était entreposé, répond exactement au concept du délit; elle a, du reste, son écho dans la conscience populaire, car on dira toujours du voleur qui, après s'être introduit dans l'appartement qu'il veut dévaliser, et avoir appréhendé la chose, est surpris avant tout autre acte, qu'il a *tenté de voler*, mais non pas qu'il a volé. C'est qu'en effet, ainsi que le pensait Jousse dans notre ancien droit : « Il n'y a point de vol, tant qu'il n'y a pas d'enlèvement de la chose volée, quand même on aurait commencé à mettre la main sur cette chose sans la déplacer [43]. » Il faut une dépossession [44] pour que le vol soit achevé [45].

2097. Pour déterminer à quel moment précis commence la tentative de vol, il faut tenir compte d'une distinction essentielle entre deux catégories d'actes : ceux qui consistent dans le commencement d'exécution du fait même qui forme le corps du délit, ici, dans le commencement d'exécution de la *soustraction*, de l'enlèvement; et ceux qui consistent dans des faits voisins du délit, qui en sont plus que la préparation, parce qu'ils ten-

furtum manifestum. Voy. Gaius, III, 184. Le *furtum manifestum*, c'était le vol flagrant. Sur le régime de ce vol d'après la loi des XII Tables, Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 332.

[43] *Op. cit.*, t. IV, p. 166.

[44] L'expression « impossessamento », dont se servent les criminalistes italiens, rend exactement ce concept du délit.

[45] La possession de la chose soustraite et de dépossession constitutif du vol est suffisamment caractérisée quand le jugement déclare le prévenu convaincu d'avoir soustrait frauduleusement, au préjudice de N..., une somme de.... Voy. Cass., 13 mai 1880 (*B. cr.*, n° 95 ; 18 mars 1892 (D. 92. 1. 522).

En résumé, il faut appliquer à la tentative de vol les règles générales sur le *conatus proximus* et le *conatus remotus*. Ce qui est certain, c'est qu'un acte déterminé ne sera un commencement d'exécution du vol que s'il tend *directement* à la consommation de la soustraction frauduleuse. Cette condition est essentielle, mais elle n'est pas la seule; il faut, de plus, que l'extrême voisinage de cet acte avec la consommation du vol permette d'affirmer que le vol est commencé[48]. C'est à propos de cette dernière condition, que l'examen, tout à la fois, des circonstances du fait et de l'intention de l'agent pourra avoir une importance décisive[49].

d'exécution de tous les crimes à accomplir dans la maison : vol, assassinat, viol, enlèvement de mineurs, etc. Dans le premier système, la connaissance extrinsèque qu'on peut acquérir de l'intention de l'agent ne peut jamais modifier le caractère des actes, qu'il faut considérer en eux-mêmes. Dans le second, la distinction des actes préparatoires et des actes d'exécution dépendrait de l'éventualité de la preuve du projet criminel. J'admets, sur la question spéciale, une opinion intermédiaire. Je considère, en effet, l'escalade et l'effraction extérieures comme pouvant être la tentative, non point de tout délit, mais seulement du vol, et à la condition de prouver qu'elles ont été accomplies dans le but de voler. Sans doute, l'escalade ou l'effraction extérieures sont des actes préparatoires, absolument nécessaires pour arriver à l'exécution de n'importe quel crime dans une maison close, si le malfaiteur est à l'extérieur. Mais la loi n'a pas considéré ces actes comme des moyens d'exécution des délits autres que le vol ; elle ne les a pas fait entrer dans les circonstances d'exécution du meurtre, du viol, etc. V. *suprà*, t. I, p. 378 à 380, note 3. *Adde*, aux arrêts cités : Limoges, 13 décembre 1884 (*Gaz. Pal.*, 85.1.45); Cass., 28 juin 1895 (D. 95.1.438) et la note.

[48] Nous donnons quelques exemples, empruntés à la jurisprudence française, de faits constituant une tentative, non des actes préparatoires : 1° le fait de passer une couverture de voyage sur le visage de quelqu'un, et de glisser la main sur ses vêtements qui contiennent de l'argent (Trib. corr. Narbonne, 20 janvier 1890, *La Loi*, n° du 9 février 1890); 2° le fait d'avoir tiré un coup de fusil sur des pigeons pour se les approprier (Limoges, 18 septembre 1884, *Gaz. Pal.* 84.2.490); 3° la Cour de cassation a décidé que le commencement d'exécution, nécessaire pour caractériser une tentative de vol, résulte suffisamment de ces circonstances que les accusés ont été surpris au moment où l'un d'eux ayant escaladé le portail d'une ferme et ouvert la porte à son complice, l'un et l'autre entraient dans un magasin pour y soustraire du grain (Cass., 16 juillet 1885, *B. cr.*, n° 216. V. aussi : Cass., 1er mai 1879, S. 80.1.233; 19 décembre 1879, S. 80.1.531).

[49] Mais si l'intention ne peut pas être incriminée sans un commencement

dent directement et immédi[illegible]ble, en matière de vol, que si commencer cependant la [illegible] l'hypothèse où elle a été en-laissent aucun doute sur l'[illegible] la question.

un caractère moins déter[illegible] *comme élément du vol.* — La que l'agent veut atteind[illegible] un vol que si elle porte sur la pose au juge. Il est certa[illegible] l'analyse en trois propositions, qui main sur les objets qu[illegible]

que la soustraction [illegible] volée puisse appartenir à un d'exécution du vol [illegible] s'est naturellement et heureu-encore soustraction [illegible] de l'esclavage. Une per-(*effraction inter*[illegible]. Les délits, consistant à la séques-que cet acte ne s[illegible] des délits contre le patrimoine, constitutif du [illegible] individuelle. Quant aux choses *rieure*, de l'e[illegible] l'objet d'un vol, alors même où il s'effo[illegible] mains du propriétaire constituerait de maison, [illegible] marchandises prohibées à l'entrée du d'une [illegible] falsifiées, etc., sont suscep-recherche[illegible] propriété et, par suite, la possi-l'intention [illegible] indépendante de la nature délictueuse recomm[illegible]

d'exécu[illegible] que la chose volée appartienne effective-ponte [illegible] que le propriétaire serait in-[illegible] chose est une *res nullius* ou une *res* tion [illegible] de l'objet sur lequel porte l'appropriation vol [illegible] du délit.

[illegible] désigne sous le nom de *res nullius* sont [illegible] dans le patrimoine d'une per-[illegible] par un fait d'appréhension ou d'occu-[illegible] sans propriétaire[51]. Tels sont : les

[illegible] d'exécution ne peut être déterminé par l'in-[illegible] la tentative n'existe pas dans le fait d'être [illegible] dans la campagne, loin de son domicile, porteur [illegible] à perpétrer un vol, quelque certaine que soit l'inten-[illegible] de Londres, 25 mars 1882 (*Gaz. Pal.*,

[illegible] t. I, n°s 204 à 210.

[illegible] l'objet d'une appropriation privative, elles ne

aux sauvages dans leur état de liberté naturelle, les coquillages, les pierres précieuses, l'ambre et le corail qui se trouvent au fond de la mer, etc. Il n'y aurait donc pas délit de vol dans le fait de s'emparer d'un animal sauvage, en admettant même que l'on ait, pour arriver à cette appropriation, pénétré sur le terrain d'autrui, même par bris de clôture : il pourrait seulement y avoir, dans ce cas, un délit de chasse, compliqué d'un délit de bris de clôture.

Sous l'expression de *res derelictæ*, nous comprenons les choses volontairement abandonnées, par leur propriétaire, avec l'intention de les laisser à la disposition du premier occupant [52].

constituent plus des *res nullius*. C'est ainsi que le fait, par un abonné de la Compagnie des eaux, de se procurer une quantité d'eau plus considérable que celle à laquelle il a droit par son abonnement, en modifiant, à l'insu de la Compagnie, l'appareil de distribution, constitue le délit de soustraction frauduleuse (Cass., 10 déc. 1887, D. 88.1.93 et le rapport de M. le conseiller Salentin). La Compagnie des eaux a acquis, en effet, une propriété privative, sur les eaux qu'elle débite, par leur adduction dans ses réservoirs. Dans un arrêt du 16 février 1899 (S. 1900.1.471; *Pand. franç.*, 1900.1.161), la Cour de cassation a vu un délit de tromperie sur la quantité des marchandise vendues, dans le fait d'un abonné qui recule frauduleusement les aiguilles du compteur pour lui faire marquer un chiffre inférieur à la quantité d'eau consommée. Les deux hypothèses sont, en effet, différentes. Dans la première, la réception de l'eau avait été frauduleuse, et le procédé employé constituait une soustraction; dans la seconde, la réception de l'eau avait été légitime, et ce n'est que postérieurement que l'abonné, pour diminuer sa dette, avait commis une fraude destinée à tromper son vendeur.

[52] L'enlèvement des boues et immondices, abandonnées sur la voie publique, ne constitue pas un vol, parce qu'il y a là, enlèvement d'une *res derelicta*, lorsqu'il s'agit d'ordures ménagères, d'une *res nullius*, lorsque la soustraction porte sur des ordures qui n'ont jamais fait l'objet d'une appropriation. Il en serait ainsi, alors même qu'un contrat d'adjudication aurait été passé par l'autorité municipale en faveur d'un tiers, avec interdiction, à tous ceux qui ne seraient pas entrepreneurs, directs ou indirects, d'enlever aucuns fumiers ou ordures déposés dans les rues. La Cour de Rouen, infirmant un jugement du tribunal correctionnel de cette ville, avait cependant jugé le contraire (Rouen, 27 déc. 1849, D. 50.2.58). Son arrêt fut cassé par la Cour suprême (Cass., 12 avr. 1850, D. 50.1.112), par ce motif : « que les boues et immondices, qui sont journellement déposées sur la voie publique, ne peuvent être considérées que comme des choses abandonnées et qui n'appartiennent à personne : que, dès lors, l'enlèvement partiel de ces

... données, l
la ... ainsi que
tr ... ornent les to
... qui n'impliqu
... intention de l

... de la chose soit
... le régime de com
... prend, dans un l
... femme à un tiers
... dans cette lettre, ne
... une somme dont i
... le saisi, conservai
... la saisie-exécution
... ne constitue pas u
... examiner la question
... d'une chose indivise

... u près, constante dans le
... qu'il y avait vol : da
... proprie les fruits d'un i
... soustrait le titre de
... qui soustrait d
... de l'i

... en aurait
... possession
... : Tr...

... VII, p. 72. Com
... D. ... Cour

... 2 166

... 6 ... 1853 S. ... 1894 S. 95.2 ...

d'un trésor qui s'approprie la part du propriétaire du terrain sur lequel il l'a trouvé [59]; du colon partiaire qui, sans le consentement du bailleur, a enlevé tout ou partie des fruits déposés dans le magasin commun [60]. Certains auteurs ont cependant contesté cette solution par divers arguments. 1° Le cohéritier ou le copropriétaire, disent-ils, qui s'approprie une chose commune, doit croire qu'il s'approprie une chose dont il est déjà propriétaire. L'absence d'intention frauduleuse suffit donc pour écarter toute incrimination de vol. Cet argument n'est qu'une pétition de principe. Il est, en effet, certain que l'intention frauduleuse ne se présume pas, que c'est à l'accusation à l'établir, que la preuve en sera plus rigoureuse vis-à-vis d'un communiste que vis-à-vis d'un étranger. La seule difficulté, qui n'en est d'ailleurs pas une, est celle de savoir si le copropriétaire, qui soustrait la chose commune, peut être dit avoir soustrait la chose d'autrui : or, en dérobant la chose commune, il commet un vol à l'égard de la portion indivise de cette chose qui ne lui appartient pas. 2° On ne saurait opposer à cette solution l'article 883 du Code civil. En admettant que l'objet soustrait tombe, à la suite du partage, dans le lot du copropriétaire coupable de la soustraction, pourrait-on dire que, par l'effet déclaratif du partage, l'objet dont il s'agit est censé avoir appartenu, dès la mort du *de cujus*, à l'héritier dans le lot duquel il est tombé, qu'on ne peut soustraire sa propre chose, qu'il ne peut donc y avoir vol? Mais la théorie de l'effet déclaratif du partage est une théorie purement civile, dont le but est d'éviter, après partage, les recours entre héritiers, et qu'on ne peut transporter en matière pénale sans en méconnaître le caractère. La fiction, ici, ne peut prévaloir contre la réalité des choses. 3° On a encore invoqué, contre la solution que nous donnons, les articles 792 et 801 du Code civil, établissant, contre les héritiers qui auraient diverti ou recélé des effets de la succession, la déchéance de la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire ou de renoncer, et décidant que, à l'égard de l'hé-

[59] Voy. *suprà*, p. 367, n° 2076.

[60] Agen, 7 février 1850 (D. 50.5.478).

ritier coupable, les effets, ainsi divertis ou recélés, ne seraient pas compris dans le partage. Mais ces dispositions ne contiennent que la *sanction civile* de la fraude : elles n'excluent pas l'application des règles du vol, et se bornent à déterminer *à priori* le *quantum* des dommages-intérêts qui devront être attribués aux cohéritiers lésés. Elles statuent sur l'action civile, mais l'action publique reste en dehors de leurs prévisions[61].

S'il est, du reste, nécessaire, pour qu'il y ait vol, que la chose soustraite appartienne à autrui, il n'est pas indispensable de désigner à qui elle appartient : il suffit que le ministère public démontre qu'avant la soustraction, elle n'était pas à l'inculpé[62], et que les termes du jugement permettent de constater qu'au moment de la soustraction, la chose n'était pas dans les biens de celui qui en a disposé[63].

[61] M. Planiol, dans une note très intéressante sous un arrêt de rejet de la Chambre civile du 5 juillet 1893 (D. 94.1.145), soutient, au contraire, que la sanction du recel créée au XVIe siècle pour punir ce fait est la seule peine qui le frappe. La répression organisée par le droit civil serait incompatible avec toute répression pénale, puisque, d'après son origine, la peine civile serait destinée à suppléer au défaut du droit pénal et à être utilisée dans les cas où les peines du vol ne seraient pas applicables. « Cette pénalité adoucie doit donc cesser dès que la législation pénale reprend son effet, de façon qu'on puisse appliquer l'une ou l'autre, mais non pas les deux à la fois. Il serait injuste de frapper doublement l'héritier de la peine normale du vol et de la peine subsidiaire destinée à remplacer la première. » L'argument historique est le seul qu'invoque M. Planiol, car il reconnaît que l'acte de l'héritier qui divertit une chose héréditaire pourrait rentrer dans la définition du vol. Mais cet argument ne nous paraît pas suffisant. Il ne s'applique d'abord qu'à l'indivision entre héritiers, de plus, il laisse aussi bien impunis les faits sans caractère délictueux tels que le fait de l'héritier qui obtient du débiteur le paiement de la totalité d'une créance, que le fait qui constitue un détournement, tel que celui de s'approprier des titres. Le Code pénal s'exprime de la façon la plus large : « Quiconque a soustrait frauduleusement » (Art. 379).

[62] Comp. Blanche, t. V, n° 484 et les arrêts qu'il analyse ou cite.

[63] Dans une espèce où des individus, condamnés pour tentative de vol, soutenaient, à l'appui de leur pourvoi, que l'arrêt de condamnation n'avait indiqué ni les choses qui auraient été l'objet de la tentative de vol, ni de qui ces choses étaient la propriété, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi par les motifs suivants : « Attendu que, suivant cet arrêt, il résulte de l'instruction et des débats que, le 25 juillet 1885, à Paris, Aufort et Barthélemy

2099. Dans notre droit, le propriétaire ne peut commettre de vol relativement à sa propre chose, alors même que, par un acte de sa volonté, il l'aurait remise à un tiers avec droit de la conserver. Nous ne connaissons plus ces vols d'usage ou de possession, que la loi romaine qualifiait *furtum usus*, *furtum possessionis*. Le propriétaire, qui a mis sa chose en gage, en dépôt, etc., viole, sans doute, un contrat, en la reprenant, mais il ne commet pas de vol, car la chose engagée ou déposée n'a pas cessé de lui appartenir. Cette règle s'applique au saisi qui détourne les objets saisis sur lui et confiés à sa garde. C'est ce qui résulte, aujourd'hui, de l'article 400, introduit, dans le Code pénal, par la loi du 28 avril 1832. Cette disposition punit, comme délit *sui generis*, le fait, par un saisi, de détourner ou de détruire les objets saisis sur lui, soit qu'ils lui aient été confiés, soit qu'ils aient été confiés à un tiers constitué gardien.

2100. *De la fraude comme élément du vol.* — La soustraction de la chose d'autrui ne constitue un vol que lorsqu'elle est « frauduleuse », c'est-à-dire lorsqu'elle est intentionnelle, lorsqu'elle est faite *dolo malo* [63 bis]. La fraude elle-même ne peut se concevoir que s'il y a un agent qui ait l'intention de la commettre et une autre personne qui en ait été la victime. Par conséquent, cette condition se décompose ainsi : 1° Il faut l'*intention* de commettre un vol chez celui qui opère la soustraction ; 2° et le *défaut de consentement* de la personne dont le droit est violé.

2101. *a*) L'intention du voleur est d'arriver à une appropriation injuste : il veut s'emparer de la chose comme propriétaire, alors qu'il sait qu'elle est à autrui et que le propriétaire n'y consent pas. Telle est la mesure et telle est la limite de l'intention dolo-

ont conjointement tenté de commettre une soustraction frauduleuse dans la chambre et au préjudice de la demoiselle Morelle ; attendu qu'une telle déclaration implique suffisamment que les inculpés avaient en vue des choses susceptibles d'être l'objet du délit de vol, et qu'en qualifiant la soustraction tentée dans la chambre et au préjudice de la demoiselle Morelle de soustraction frauduleuse, elle constate, par cela même, que les objets que les prévenus se proposaient et ont tenté d'appréhender, étaient la propriété de la demoiselle Morelle. » Cass., 7 janvier 1886 (*B. cr.*, n° 3).

[63 bis] Sur la nécessité de cet élément : Cass. civ., 25 mars 1891 (*Pand. franç.*, 91.1.379).

sive en cette matière. Il ne faut donc pas regarder, avec les interprètes qui s'inspirent de certains textes du droit romain, le désir de réaliser un bénéfice pécuniaire (*lucri faciendi causa*), comme formant l'essence même de cette intention. Sans doute, en constatant que le voleur est, le plus souvent, déterminé à soustraire par le désir de se procurer à lui-même ou de procurer à autrui un bénéfice illégitime, on se place dans le domaine ordinaire des faits et des intentions. Mais le vol n'en existerait pas moins, si le coupable avait agi par vengeance, désir de nuire, méchanceté, s'il avait commis le vol dans le but de se payer d'une créance sur la victime, si même le vol, portait sur des sommes que le coupable croyait lui être dues[64]. Qu'importe, en effet, que le *fur* ait agi par une pure méchanceté ou un but de lucre et « pour tirer profit » de la chose qu'il a soustraite? Le mobile qui détermine le coupable est indifférent, au point de vue de la *culpabilité légale*. La seule chose à rechercher et à constater, c'est l'intention de l'agent de s'approprier une chose, qu'il sait ne pas être sienne[65], contre la volonté du propriétaire, et pour s'en servir comme pourrait le faire le propriétaire lui-même. C'est cet état d'âme qui constitue l'*animus furandi*[66].

2102. L'intention frauduleuse doit-elle être concomitante à la soustraction elle-même? Pourrait-elle intervenir après? La ré-

[64] Ou s'il avait volé pour alimenter une caisse de propagande politique ou sociale.

[65] Par conséquent, on ne commet pas de soustraction punissable lorsqu'on s'empare d'une chose dont on se croit propriétaire. Comp. BLANCHE, t. V, n° 474, p. 678.

[66] Cette idée a été très bien mise en relief par BOITARD, *op. cit.*, n° 484, et par CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 1906. *Adde*, BLANCHE, *op. cit.*, t. V, n° 477. Voy. cep. Trib. corr. de Louvain, 26 avril 1887 (*Pand. franç.*, 87.5.31), d'après lequel l'intention frauduleuse qu'exige le vol suppose non seulement la volonté de nuire à la victime par le dommage qui lui est nécessairement causé, mais, de plus, le dessein principal, immédiat et direct, de s'enrichir aux dépens de celle-ci. En conséquence, ne commettent pas un vol les étudiants, qui arrachent des sonnettes et des plaques d'enseignes et s'en emparent, dans la seule intention de jouer un mauvais tour, en dégradant la propriété d'autrui. J'ai à peine besoin de faire remarquer que les idées dont s'inspire cette décision sont absolument inexactes. Voy. également : Paris, 15 décembre 1894 (S. 95.2.37).

ponse n'est pas douteuse : la *soustraction* doit être *frauduleuse* : donc, l'intention spécifique du vol est exigée au moment même où cette soustraction est opérée. Nous sommes ainsi ramené au recel des objets perdus : c'est, en effet, surtout dans cette hypothèse, que la question s'est posée pratiquement. D'après les idées admises par notre ancien droit, qui s'inspirait, sur ce point, du droit romain, l'intention frauduleuse n'était pas exigée au moment même de l'appréhension. La jurisprudence moderne est hésitante. Mais, pour nous, il n'y a pas vol dans le cas où la chose, ayant été recueillie avec l'intention de la restituer, la pensée de se l'approprier n'est née que plus tard dans l'esprit de l'agent, car, au moment où elle est née, l'agent ne pouvait plus soustraire, puisqu'il était en possession ; et la soustraction, par laquelle sa possession avait commencé, étant consommée, ne pouvait recevoir un caractère délictueux d'un fait postérieur à la perpétration de l'acte même qui lui est reproché. La soustraction existe bien, si l'on veut, mais elle n'a pas été frauduleuse : c'est la *rétention* qui l'est devenue.

Reste une question de preuve, toujours difficile à trancher. En matière de recel d'objets trouvés, on fait ordinairement résulter la concomitance de l'intention frauduleuse et de la soustraction, du défaut de dépôt de l'objet trouvé chez l'individu qui en avait la garde. C'est là une présomption, mais pas autre chose. Du reste, rien n'empêche le juge de chercher la preuve de cette concomitance dans des faits postérieurs à la soustraction : c'est ainsi qu'on a pu décider que le fait de ne restituer les objets trouvés que contre le versement d'une somme dont le chiffre avait été débattu entre le propriétaire et l'inventeur, était suffisant pour faire peser, sur ce dernier, l'inculpation de vol[67].

[67] Spécialement, lorsqu'il s'agit d'objets qui ont été perdus dans une propriété privée et qui étaient, par conséquent, placés sous la garde du maître du lieu où ils ont été perdus, la jurisprudence tend à voir une présomption d'intention frauduleuse dans le seul fait que l'individu, qui a trouvé les objets n'en a pas averti le propriétaire du local (Cass., 7 septembre 1855, D. 55.1.384; Aix, 11 janvier 1872, D. 73.2.52). V. cependant : Limoges, 3 mars 1887 (D. 89.2.231). Cette dernière décision, très brièvement motivée, du reste, écarte l'intention frauduleuse dans des circonstances où elle paraît cependant exister.

[illegible] déclaration, qui sert de base à la condamnation pour vol, doit, à peine de nullité, qualifier la soustraction au point de vue de la fraude et, par conséquent, énoncer, en termes formels, ou, tout au moins, équivalents, cette condition. Il ne serait pas suffisant de dire que l'agent est coupable de soustraction, puisque la soustraction elle-même ne peut être incriminée que si elle est frauduleuse. Cette règle s'applique aux qualifications de la chambre d'accusation, comme aux questions posées au jury et aux décisions des tribunaux correctionnels[68]. Mais, au point de vue du contrôle de la Cour de cassation sur la fraude, la jurisprudence admet que cet élément constitutif du vol peut résulter des faits constatés par l'arrêt attaqué, bien que cet arrêt ait omis de déclarer que cette soustraction était frauduleuse[69].

2104. *b)* Le défaut de consentement, chez la personne au droit de laquelle la soustraction porte atteinte, est un caractère commun au vol et aux autres délits contre la propriété. La soustraction doit avoir eu lieu malgré le propriétaire, *invito domino*, comme disent les textes du droit romain[70]. Nous nous sommes déjà complètement expliqué sur ce point.

§ CXXXII. — DU VOL ENTRE CERTAINS PARENTS OU ALLIÉS.

(C. p., art. 380).

2105. L'article 380 contient deux dispositions : un principe et une exception. — **2106.** Comment s'explique l'immunité pénale ? Idée de la copropriété de famille. Raisons de convenances. — **2107.** C'est la seconde idée qui nous

[68] Cass., 11 janvier 1872 (D. 73. 2. 52); Cass., 30 janvier 1862 (D. 62. 1. 442); Paris, 9 novembre 1855 (D. 56. 2. 150).

[69] Voy. Cass., 24 mars 1860 (D. 60. 1. 199); 26 nov. 1898 (D. 99. 1. 139).

[70] Cass., 28 février 1883 (S. 83. 1. 353) et la note de M. Lacointa. Voy. Dijon, 2 juillet 1891 (S. 92. 2. 57). Il s'ensuit que lorsque la chose a été remise volontairement par le propriétaire, il n'y a pas vol. Voy. les autorités rapportées sous l'arrêt de Dijon. Mais la soustraction d'une chose mise à portée d'un domestique, par exemple, pour éprouver sa probité, constitue un vol, car le consentement à se dessaisir n'existe pas. Trib. corr. Toulouse, 9 juillet 1898 (Mon. jud. de Lyon, n° du 20 déc. 1898).

parait préférable. — **2108.** Caractère juridique de l'immunité pénale. Est-ce une cause de justification ? une excuse ? une fin de non-recevoir ? — **2109.** Délits et personnes qui bénéficient de l'immunité pénale. — **2110.** Pour que l'article 380 soit applicable, il faut qu'il s'agisse d'un délit contre la propriété et que ce délit porte exclusivement atteinte aux droits d'une des personnes désignées par le texte. — **2111.** Des soustractions qui portent préjudice à d'autres personnes. — **2112.** Des personnes dans les rapports desquelles existe l'immunité pénale. — **2113.** L'article 380 dans ses rapports avec la corréité et la complicité. — **2114.** Des parents ou alliés complices d'une personne étrangère à la famille. — **2115.** Système de l'immunité. Système de la plainte préalable.

2105. L'article 380 contient deux dispositions. Dans un premier alinéa, ce texte décide que « les soustractions commises par des maris au préjudice de leurs femmes, par des femmes au préjudice de leurs maris, par un veuf ou une veuve quant aux choses qui avaient appartenu à l'époux décédé, par des enfants ou autres descendants au préjudice de leurs pères, ou mères ou autres ascendants, par des pères et mères ou autres ascendants au préjudice de leurs enfants ou autres descendants, ou par des alliés au même degré, *ne pourront donner lieu qu'à des réparations civiles* ». Dans le second alinéa, l'article 380 ajoute : « A l'égard de tous autres individus qui auraient recélé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets volés, ils *seront punis comme coupables de vol*[1] ».

2106. I. L'*immunité pénale*, accordée à certains parents et

§ CXXXII. [1] Voy., à ce sujet, les dispositions et les distinctions particulières des Codes d'Allemagne, § 247, modifié par la loi du 26 février 1876 ; d'Autriche, § 463 ; de Hollande, art. 316 ; d'Italie, art. 433, etc. Dans ce dernier Code, l'immunité pénale a bien le caractère d'une exception péremptoire. Elle est étendue aux frères et sœurs vivant sous le même toit. — Les législations pénales étrangères consacrent, relativement aux vols entre époux, parents ou alliés, trois solutions différentes. Un premier groupe admet l'impunité (C. p. espagnol, art. 580 ; C. p. genevois, art. 317 ; C. p. belge, art. 462). C'est le système du Code pénal français. Le second groupe soumet la poursuite devant les tribunaux répressifs à une plainte de la partie lésée (C. p. suédois, ch. 22, § 20 ; C. p. hongrois, § 342). Le troisième groupe consacre l'un ou l'autre des deux systèmes suivant le degré et la force du lien qui unit le voleur et sa victime (C. p. allemand, § 247 ; C. p. portugais, art. 431). Sur ces points : MOLINIER, *op. cit.*, t. II, p. 221 à 224. Voy. du reste *suprà*, t. II, p. 716, note 6.

allie [illegible] expliquer de deux manières : soit par l'idée de la *copropriété de famille*, soit par une *raison de convenance*. Et, suivant qu'on se place à l'un ou à l'autre de ces deux points de vue, le caractère et la portée de cette disposition sont différents. En effet, deux systèmes sont en présence dans l'interprétation de l'article 380 du Code pénal.

Si l'on se place au point de vue de l'idée de la *copropriété de famille*, les soustractions commises entre époux ou entre ascendants et descendants ne *sont pas des vols* : elles ne comportent, par conséquent, ni auteurs, ni complices. La loi se borne à punir, non comme *complices* mais comme *auteurs principaux du délit*, les individus qui ont recelé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets soustraits.

Si l'on se place simplement au point de vue des *raisons de convenance* qui s'opposent à la poursuite de membres d'une même famille, les soustractions de cette espèce sont bien des vols : la chose soustraite a bien le caractère de chose volée, et il faut appliquer toutes les règles qui concernent le vol. Mais les soustractions ne sont pas punissables à l'égard de certains parents et alliés que la loi a limitativement énumérés.

2107. Cette dernière interprétation nous paraît la plus exacte. La soustraction frauduleuse, dont l'auteur est l'époux, le descendant ou l'ascendant de la personne lésée, est incontestablement un vol puisqu'elle a pour objet l'appropriation de la chose d'autrui. Mais afin d'éviter le scandale d'une poursuite criminelle, exercée contre des parents ou des alliés très rapprochés, la loi assure à ces personnes une immunité pénale complète ; elle réserve seulement l'action en réparation du préjudice éprouvé. En effet, « les rapports entre les personnes désignées, lit-on dans l'exposé des motifs de l'article 380, sont trop intimes pour qu'il convienne, à l'occasion d'intérêts pécuniaires, de charger le ministère public de scruter les secrets des familles, qui peut-être ne devraient jamais être dévoilés..., et de provoquer des peines dont l'effet ne se bornerait pas à répandre la consternation parmi tous les membres de la famille, mais qui pourraient encore être une source éternelle de division et de haine. »

C'est qu'en effet si l'immunité pénale de certains parents ou

alliés a, comme tant d'autres institutions, son origine dans le droit romain [2], comme tant d'autres institutions aussi, elle s'est transformée en traversant les siècles. Son unique fondement, dans le droit romain, c'était ce concept qui faisait de la famille une unité civile s'absorbant dans son chef, le *pater familias*. Mais du jour où l'individualisme de la personne et du patrimoine a triomphé dans les lois comme dans les mœurs, l'immunité n'a pu subsister qu'en la rattachant à une idée tout autre que l'ancienne copropriété familiale, idée plus moderne et plus exacte, les relations étroites qui s'opposent à ce que certaines personnes soient punies lorsqu'elles commettent des détournements au préjudice de certaines autres, appartenant à la même famille.

2108. Quel est le *caractère juridique* de cette immunité pénale, établie, par raison de convenance, au profit de certains parents ou alliés? Sur ce point encore, les opinions les plus diverses ont été soutenues. Les uns voient, dans la condition d'époux, d'ascendant ou de descendant, une sorte de *cause de non culpabilité*, supprimant le *crime* ou le *délit*. D'autres considèrent cette qualité comme une simple *excuse*, motivant une absolution en cas de poursuites. D'autres enfin, comme une *fin de non-recevoir de l'action publique*, d'un caractère tout personnel. C'est à cette dernière manière de voir qu'il faut, je crois, se rattacher, si on veut comprendre et limiter la disposition qui nous occupe. La condition individuelle du délinquant n'efface, en effet, ni la criminalité de l'action, ni la culpabilité de l'agent qui reste soumis à la *condictio furtiva*. Ce n'est donc pas une cause de justification, pas même une cause de non-culpabilité.

[2] Inst. *De obl. quæ ex del. nas.*, § 12 : « *Qui in parentum vel dominorum potestate sunt, si rem eis subripiunt, furtum quidem illis faciunt, et res in furtivam causam cadit : sed furti actio non nascetur, quia nec ex alia causa potest inter eos actio nasci.* » Certains jurisconsultes romains enseignaient que la femme mariée ne peut commettre de *furtum* au préjudice de son mari, parce que la vie commune la rend, en quelque sorte, propriétaire de ce qui appartient à celui-ci. Mais d'autres reconnaissaient qu'il y avait un *furtum*, mais un *furtum* qui ne donnait pas lieu aux actions ordinaires. Ces derniers l'avaient emporté. Cfr. L. 1, D. *Rerum amotarum*, XXV, 2.

Mais cette condition exclut toute possibilité de poursuite contre les parents ou alliés énumérés par la loi. C'est donc bien plutôt une *exception péremptoire* qu'une *excuse absolutoire*. Il est généralement reconnu, en effet, que l'excuse absolutoire n'empêche pas la poursuite, puisqu'elle ne soustrait l'accusé à la peine que lorsqu'elle a été admise par les juridictions de jugement. Or, quelqu'opinion que l'on puisse avoir sur la nature de l'immunité pénale de l'article 380, il est bien certain que la qualité d'ascendant, de descendant ou d'époux met un obstacle insurmontable à l'exercice de l'action publique, par le motif même qui lui a donné naissance. Et j'en conclus, par cela seul, que si les tribunaux reconnaissent à l'inculpé le bénéfice de l'article 380, ils devront, en s'abstenant de lui infliger une peine, s'abstenir même de le déclarer coupable de soustraction frauduleuse, puisque la poursuite criminelle est irrecevable[3]. La raison de convenance, qui motive l'article 380, s'oppose, en effet, non seulement à l'application de la peine, mais encore à l'exercice d'une poursuite répressive entre proches parents, car le fait même d'une poursuite devant les tribunaux de répression amènerait, dans la famille, ces troubles et ces dissensions intestines que la loi a voulu éviter.

2109. Quels sont les *délits* pour lesquels l'immunité pénale de l'article 380 est accordée? Quelles sont les *personnes* qui en bénéficient? Toute l'interprétation de la disposition qui nous occupe tient dans la réponse à ces deux questions.

2110. Au premier point de vue, le cercle d'application de l'article 380 est limité par la raison de convenance qui le motive. 1° Il faut, en effet, qu'il s'agisse d'un délit contre la propriété; 2° Que ce délit porte exclusivement atteinte aux droits d'une des personnes désignées dans le texte.

L'immunité pénale qui nous occupe est-elle applicable, non seulement aux soustractions proprement dites, mais encore à toutes les atteintes à la propriété, quelle que soit leur qualification, quels que soient les moyens employés pour les commettre? Une distinction doit être faite.

[3] Voy. Cass., 18 avril 1857 (S. 57. 1. 181).

Les délits contre la propriété, quelle que soit leur qualification, ne donnent pas ouverture à l'action publique, lorsque la victime a la qualité d'ascendant, de descendant, de conjoint du coupable[4]. Cette extension, qui dépasse les termes précis de l'article 380, est imposée par la généralité et l'identité du motif qui a fait établir l'immunité pénale; elle est autorisée, du reste, par les déclarations faites dans les travaux préparatoires du Code[5]. Par conséquent, ce ne sont pas seulement les *soustractions* proprement dites qui bénéficient de cette disposition, ce sont toutes les atteintes à la propriété, comprises dans la section des « vols », telles que l'extorsion de signature, le chantage[6]; ce sont même des délits qui ne figurent pas dans cette section, mais qui ont des rapports de nature tellement intimes avec les vols qu'il serait contradictoire de les soumettre à des règles différentes au point de vue de l'immunité de l'article 380. C'est ainsi que les détournements par *escroquerie*, par *abus de confiance*, entre ascendants, descendants, conjoints, ne nous paraissent pas punissables.

Mais, pour bénéficier de l'immunité, il faut que le délit ait pour objet direct et principal une atteinte à la propriété, il ne suffirait pas que le fait eût été perpétré en vue d'un résultat de ce genre (*lucri faciendi causa*), si, d'ailleurs, il était qualifié crime ou délit par la loi, indépendamment de l'objet que son auteur aurait eu en vue. Ainsi, le caractère criminel du *faux en*

[4] *Sic*, Blanche, t. V, n° 494.

[5] Exposé des motifs (Locré, t. XXXI, p. 141) : « Le principe consacré par la loi nouvelle consiste à rejeter l'action publique et à n'admettre que l'action privée, c'est-à-dire l'action en dommages-intérêts, *à l'égard de toute espèce de fraude* commise par les maris au préjudice de leurs femmes, par les femmes au préjudice de leurs maris... ». Rapport (Locré, *id.*, p. 170) : « Le projet s'occupe ensuite d'un genre de soustraction que la législation de presque tous les pays éclairés a cru devoir affranchir de la rigueur des poursuites criminelles : je veux parler *des atteintes à la propriété* qui peuvent se commettre entre époux, ascendants et descendants. »

[6] L'article 380 est placé dans la section des vols : il paraît être classé parmi les dispositions pénales qui régissent tous les délits compris dans cette section. La Cour de cassation a décidé, avec raison, que l'article 380 s'appliquait à l'extorsion de signature : 28 avril 1866 (S. 67. 1. 46). Mais voy. *infrà*, note 7, pour le détournement d'objets saisis.

écriture, de l'*incendie*, des *destructions de clôtures ou d'édifices*[1], ne sera pas modifié par les rapports de parenté ou d'alliance existant entre le coupable et sa victime. Les moyens employés pour commettre ces délits, le préjudice qu'ils peuvent causer aux personnes étrangères à la famille, l'absence d'analogie de ces délits avec les soustractions frauduleuses, tous ces motifs expliquent suffisamment la restriction que nous indiquons[2].

L'immunité de l'article 380 s'étend aux soustractions proprement dites, même à celles qui sont accompagnées de circonstances aggravantes, puisque le texte ne fait aucune distinction[3]. Mais les soustractions qui, d'après l'article 380, ne donnent lieu qu'à des réparations civiles, ne peuvent, au point de vue pénal, être considérées comme des *circonstances aggravantes* d'autres infractions et, particulièrement, du meurtre. Sans doute, ces soustractions ne restent pas impunies à raison de leur nature ; elles échappent à toute répression, à raison de la qualité de celui qui les commet. Mais quel que soit le motif de l'impunité, cette impunité est à la fois *personnelle* et *absolue*, et les soustractions domestiques doivent échapper à toute poursuite criminelle.

[1] La Cour de cassation a refusé d'appliquer l'article 380 : 1° au faux en écriture : Cass., 22 avril 1841 (S. 42. 1. 894) ; 3 décembre 1857 (S. 58. 1. 48) ; 21 mars 1873 (S. 73. 1. 431) ; 2° aux destructions de clôtures et d'édifices : Cass., 27 février 1836 (S. 36. 1. 526) ; 3° à l'incendie : Cass., 2 juin 1853 (B. cr., n° 197) ; 4° à l'abus de blanc-seing : Colmar, 21 juillet 1869 (S. 69. 2. 329) ; 5° au détournement d'objets saisis : Cass., 19 février 1842 (B. cr., n° 32) ; 19 février 1879 (S. 79. 2. 176) ; 8 janvier 1885 (B. cr., n° 15) ; Toulouse, 27 avril 1877 (S. 77. 2. 251) ; Orléans, 5 déc. 1893 (D. 95. 2. 106).

[2] Voir BLANCHE, t. V, n° 492. Comp. Cass., 6 octobre 1853 (S. 54. 1. 352). C'est par cette idée également qu'on a pu dire que la puissance de [illegible] commis par un fils [illegible] sur son père. Bordeaux, 8 avril 1885 (S. 86. 1. 89, et la note). Le fait prévu par l'article 400 du Code pénal constitue un vol de la chose d'autrui. N'est-ce [illegible] mais un fait privé. Il nous semble [illegible] les [illegible] de l'article 380 [illegible].

[3] Voir [illegible] 2e [illegible].

2111. Si l'action publique qui naît de toute soustraction frauduleuse ne peut s'exercer lorsque l'intérêt pécuniaire d'un époux, d'un parent ou allié en ligne directe est seul compromis, la loi commune doit reprendre son empire lorsque l'intérêt des tiers ou l'intérêt général est en jeu. 1° Ainsi, l'article 380 ne s'applique pas au détournement qui, en portant atteinte au droit de propriété d'un parent ou allié en ligne directe, porte atteinte, en même temps, aux droits que d'autres personnes ont pu acquérir sur la chose soustraite, par une saisie-exécution, par exemple [10], par un nantissement, etc. 2° L'immunité doit être également refusée dans le cas où la chose soustraite n'est pas la propriété exclusive de l'une des personnes désignées dans l'article 380 [11]. 3° Enfin, dans le cas où la chose soustraite, bien que se trouvant entre les mains de l'une de ces personnes, ne lui appartient pas, parce qu'elle en est simplement dépositaire, l'action publique ne pourrait être écartée par application de l'article 380 [12].

2112. Le bénéfice de l'immunité pénale de l'article 380 ne s'applique qu'aux soustractions commises au préjudice des personnes qui y sont énoncées : il faut que l'auteur du délit soit l'époux, l'ascendant ou le descendant ou l'allié au même degré

[10] L'article 380 ne s'applique pas parce que le détournement porte atteinte non pas seulement au droit de propriété du saisi mais encore aux droits que le saisissant et les autres créanciers ont acquis sur la chose saisie. *Sic*, Cass., 8 janvier 1885 (S. 85. 1. 96) et la note sous cet arrêt avec les références à la jurisprudence antérieure, *Adde*, Blanche, t. V, n° 497 ; Chauveau et Hélie, t. VI, n° 1914, *in fine*. Ainsi la femme d'un fonctionnaire de l'État (en l'espèce d'un receveur des contributions indirectes) qui a soustrait à son mari des fonds qu'elle savait lui avoir été confiés par des tiers en vue d'un emploi déterminé et qui, en définitive, appartenaient à l'État, ne peut invoquer l'immunité de l'art. 380. *Sic*, Douai, 25 janvier 1897 (D. 98. 1. 180).

[11] Voy. par exemple, l'espèce d'un arrêt de la Cour suprême du 24 avril 1812, cité et analysé par Blanche, t. V, n° 495.

[12] Ainsi, il a été décidé que le fait, par un mari, de s'emparer, dans un bureau de poste, d'une lettre écrite par sa femme et adressée à un tiers, constituait un vol, auquel ne s'appliquait par l'immunité de l'article 380, cette lettre n'étant plus la propriété de la femme : Cass., 2 avril 1864 (S. 64. 1. 428). A l'inverse, le même fait par un individu marié sous le régime de la communauté, à l'encontre de sa femme, ne constituerait pas un vol.

du propriétaire de la chose volée. Cette énumération ne doit pas être étendue, mais elle ne doit pas être restreinte. Ainsi, l'article 380 laisse impunies les soustractions commises par un beau-père au préjudice des enfants de sa femme, même après le décès de celle-ci; par l'enfant d'un premier lit au préjudice de sa belle-mère, même après la dissolution du mariage; par les enfants, vis-à-vis de leurs père et mère naturels, et par les père et mère naturels, vis-à-vis de leurs enfants reconnus; par l'adopté, vis-à-vis de l'adoptant. Mais l'immunité pénale ne couvrirait pas les vols commis par un frère envers son frère, une nièce au préjudice de son oncle, les enfants naturels au préjudice des descendants ou ascendants de leurs père et mère naturels[13].

2113. II. Le second paragraphe de l'article 380 punit, comme coupables de vol, ceux qui ont *recélé* ou *appliqué à leur profit* tout ou partie des objets volés. J'ai examiné déjà cette disposition dans ses rapports avec la *corréité* et la *complicité*[14]. Je remarque seulement ici combien l'interprétation en sera différente suivant le fondement et le caractère que l'on donnera à l'immunité pénale dont profitent certains parents ou alliés. Si on l'explique par l'idée de *copropriété de famille*, ces soustractions ne constituent pas des vols[15]. Dès lors, il faut admettre les

[13] Sur tous ces points : Chauveau et Hélie, t. V, nos 1943 et suiv. D'après la Cour de Lyon, lorsque, dans l'intervalle qui s'est écoulé entre le jugement qui l'a condamnée pour vol et le jour où la Cour statue sur son appel, la prévenue est devenue, par un mariage subséquent, la belle-fille de la victime de la soustraction, la Cour doit la renvoyer des fins de la poursuite, comme si le lien qui unit l'auteur et la victime eût existé au moment de sa perpétration. Lyon, 8 décembre 1885 (D. 86. 2. 97). Mais voy., ma note sous cet arrêt. En ce qui concerne les rapports des enfants naturels avec leurs père et mère, une question se pose ici qui se pose ailleurs, notamment en matière de parricide. Faut-il que l'enfant naturel pour bénéficier de l'art. 380 ait été reconnu légalement? En Belgique, la Cour d'appel de Liège, s'est prononcée pour l'affirmative : 19 oct. 1881 (S. 82. 4. 42). Mais la plupart des auteurs décident, en France, que, pour l'application de la loi pénale, la filiation naturelle peut résulter de faits constants, publics, irrécusables. Voy. Blanche, *op. cit.*, t. V, n° 499. Nous avons déjà discuté cette doctrine, *suprà*, t. IV, n° 1592.

[14] T. II, n° 699, p. 714 à 717.

[15] C'est le système de Chauveau et Hélie, t. V, nos 936 et 937.

propositions suivantes, qui découlent logiquement de ce point de départ : 1° le recel de choses, dans l'hypothèse prévue par le § 2 de l'article 380 est un *délit spécial* et non un *acte de complicité*[16]; 2° le recéleur sera puni des peines du *vol simple*, bien que la soustraction commise par le parent ou l'allié ait été accompagnée de circonstances aggravantes; 3° les autres *complices* ne seront pas punissables; 4° ces soustractions ne constitueront pas la circonstance aggravante du meurtre prévue par l'article 304 du Code pénal; 5° l'immunité pénale de l'article 380 devra être étendue, par un argument d'analogie, aux vols entre communistes et entre associés. Mais si on explique l'article 380 par une *raison de convenance*, on verra, dans l'immunité pénale qu'il édicte, soit une excuse absolutoire, soit une exception péremptoire. Dès lors, on aboutira aux cinq conséquences opposées. Ainsi que nous l'avons pensé, cette seconde interprétation est préférable. La copropriété de famille n'existe pas dans le droit français. Une phrase de l'exposé des motifs peut bien être invoquée à l'appui de cette idée, mais la raison de convenance s'y trouve développée avec plus de détails; elle paraît avoir été le motif déterminant de la disposition.

2114. Les parents et alliés dénommés, dans l'article 380, ont le bénéfice de l'immunité, non seulement lorsqu'ils ont exécuté personnellement le vol, mais aussi dans le cas où ils ont été *complices* d'une personne étrangère à la famille. Quel que soit le caractère de l'immunité, cette conséquence s'impose [17]. L'article 380 constitue, en effet, une exception tout au moins *personnelle* au parent ou à l'allié qui l'invoque. Mais dans ce cas, lui seul en bénéficie, parce que lui seul se trouve en situation d'en profiter.

2115. Le système de l'immunité a été critiqué en ce qu'il encourage le coupable en effaçant, pour ainsi dire, le vol. Quelques législations étrangères soumettent seulement la poursuite à une plainte préalable de la victime qui reste ainsi maîtresse

[16] L'observation a surtout de l'importance au point de vue de la prescription qui aura son point de départ dans le recel, non dans la soustraction.

[17] Cass., 6 octobre 1853 (S. 54.2. 351).

de l'action publique. Ce système nous paraît faire une place suffisante à cet intérêt de famille qui inspire l'article 380.

§ CXXXIII. — DU VOL SIMPLE. — DU VOL, SOIT AGGRAVÉ, SOIT QUALIFIÉ.

2116. Objet de la section première, intitulée : *vols*. — **2117.** Vols simples. Vols soit aggravés, soit qualifiés.

2116. Dans cette section, le Code pénal s'occupe des vols et d'un certain nombre d'infractions qui ont, avec le vol, des rapports d'analogie, tels que l'altération des liquides et marchandises dont le transport a été confié à des voituriers ou bateliers (art. 387); la contrefaçon ou l'altération de clefs (art. 399); l'extorsion de la signature ou de la remise d'un écrit opérant obligation, disposition ou décharge (art. 400, § 1); le chantage (art. 400, § 2); la destruction et le détournement des objets saisis ou donnés en gage (art. 400, §§ 3, 4, 5 et 6); la filouterie d'aliments (art. 401, § 4).

2117. Quand un fait réunit tous les éléments du vol et qu'aucune circonstance spéciale ne vient le modifier ni l'aggraver, il porte le nom de *vol simple*. Quand il est modifié par certaines circonstances extrinsèques ou intrinsèques, deux situations sont possibles : ou bien le vol conserve la nature de *délit* et n'est puni que de peines correctionnelles ; ou bien il change de qualification et devient un *crime*. Nous allons successivement nous occuper des *délits* et des *crimes* de vol. Cette classification, basée sur la peine, a un caractère simplement pratique.

§ CXXXIV. DES VOLS QUI CONSTITUENT DES DÉLITS.

(C. p., art. 401, §§ 1, 2 et 3; art. 388; art. 387).

2118. Des larcins ou filouteries. — **2119.** Des peines du vol simple. — **2120.** Des tentatives de vols. — **2121.** Des vols commis dans les champs. — **2122.** Histoire. — **2123.** Des conditions générales de l'incrimination. — **2124.** Il faut que le vol ait été commis dans les champs. Sens légal de ces expressions. — **2125.** Il faut que l'objet du délit soit compris dans l'énumération de l'article 388. Chevaux, bêtes de charge, de voiture ou de monture, gros et menus bestiaux. Instruments d'agriculture. Vols de bois dans les ventes, de pierres dans

les carrières, de poissons dans les étangs, viviers ou réservoirs. Récoltes et autres productions utiles de la terre. — **2126**. Pénalité. Division. — **2127**. Peines du vol de bestiaux et d'instruments d'agriculture dans les champs, de bois dans les ventes, de pierres dans les carrières et de poissons dans les étangs. — **2128**. Vol de récoltes et autres productions utiles de la terre, déjà détachées du sol. — **2129**. Maraudage ou vol de récoltes sur pied. — **2130**. Circonstances aggravantes. — **2131**. Du vol commis à l'aide du déplacement des bornes. — **2132**. Combinaison entre le Code pénal et le Code forestier. — **2133**. Altération de liquides transportés. — **2134**. Éléments constitutifs du délit.

2118. *Des larcins et filouteries.* — Le vol est réprimé par des peines plus ou moins sévères suivant les *circonstances* dans lesquelles il est accompli. Les vols, que la loi n'a pas spécialement caractérisés, les *larcins* et *filouteries*, sont prévus et punis par les trois premiers alinéas de l'article **401**. Les *larcins* et *filouteries* sont des vols exécutés, ceux-là clandestinement, ceux-ci par ruse ou par adresse et sans violence : ils ne sont que des variétés du vol, et, dès lors, ils supposent, comme tous autres vols, le concours des trois éléments caractéristiques, déjà déterminés, c'est-à-dire la *soustraction frauduleuse de la chose d'autrui*. C'est ce que la jurisprudence a reconnu; et elle a toujours jugé que les larcins et *filouteries* ne constituent pas un délit distinct du vol, et qu'ils ne sont que des vols sous un autre titre[1]. La différence entre ces faits qui sont qualifiés de la même manière, punis des mêmes peines, se rapporte plutôt au procédé employé qu'à la nature même du délit. Le *larcin* est un vol commis par ruse et clandestinement. Le mot *filouterie* a toujours désigné le vol commis avec adresse, le vol par dextérité. Les filous du XVIIIe siècle, ces « faiseurs de tours, coupeurs de bourses qui s'introduisent subtilement dans les maisons » et dont il est toujours difficile de se garantir, ont eu pour successeurs les *pick-pockets* modernes. Mais la filouterie était, dans notre ancien droit, classée parmi les vols qualifiés : en la nommant dans l'article **401**, le Code pénal n'a eu d'autre but que de la faire rentrer dans le droit commun[2].

§ CXXXIV. [1] Voy. pour l'analyse de cette jurisprudence : BLANCHE, t. V, n° 486. Comp., à propos du maraudage : Cass., 13 mars 1886 (*Gaz. Pal.*, 86. 2. 327); à propos de la filouterie : Nancy, 16 juin 1897 (S. 99. 2. 102).

[2] La disposition de la loi des 19 et 22 juillet 1791 est l'origine de l'art.

la répression d'un délit, dont la gravité dépend de conditions diverses, doit être l'œuvre du juge et non la loi.

0. Les tentatives de vols simples sont punies comme les mêmes (C. p., art. 401)[5]. Cette disposition a été critiquée. « Il s délits, dit Rossi, dont la simple tentative est un fait possible et fréquent même; mais de ces tentatives, les unes doivent échapper à la punition sociale par l'exiguïté du fait; par exemple, une tentative de vol simple; point de mal matériel, point ou presque point d'alarme; le plus souvent, extrême difficulté de déterminer les caractères du fait criminel, et, en conséquence, danger grave de ravir l'honneur à un homme déclaré à tort coupable d'une tentative de vol. » Cette observation ne me paraît pas fondée. Le vol se compose d'un fait matériel, la soustraction, dont le commencement d'exécution est possible à déterminer, et qu'il serait dangereux, pour la sécurité publique, de dédaigner. Punir seulement le vol consommé, ce serait protéger l'ordre public d'une manière insuffisante? Le fait de l'individu qui est surpris au moment où il met la main dans la poche de son voisin mérite certainement une répression.

2121. *Des vols commis dans les champs.* — Dans presque toutes les législations, les vols commis dans les champs, ou les vols portant sur des instruments agricoles, les productions de la terre, les bestiaux, ont été l'objet de prévisions spéciales, soit à raison du *lieu* de leur perpétration, soit à raison de la *nature de la chose* soustraite. Ces deux considérations rentrent, en effet, tantôt isolément, tantôt cumulativement, dans l'organisation particulière de ce genre d'incrimination.

2122. Les Romains avaient fait du vol de bestiaux un crime spécial, l'*abigeat*. On appelait *abigei* ou *abactores* ceux qui dérobaient le bétail, soit dans les pâturages, soit quand il marche par troupeaux [6]. La soustraction d'un animal isolé, d'un bœuf

[5] Le Code pénal belge de 1867 punit la tentative de vol (art. 166). V. observ. sur ce point : *Législ. crim.*, t. III, p. 538.

[6] D. 47, 14; C. 9, 37. On trouve l'expression *abactor* dans Paul, *Sent.*, 5, 18. Dans la *Coll. leg. mos.*, t. XI, on trouve les expressions *abigeus*, *abactor*, *abigeator*.

Code pénal de 1791, si les fruits n'avaient été volés dans les champs qu'après la récolte faite par le propriétaire. La loi du 25 frimaire an VIII, sans modifier les dispositions de la loi de 1791, vint adoucir les rigueurs du Code pénal, en substituant à la détention une peine correctionnelle de trois mois à un an de prison, si le vol avait été commis pendant le jour, et de six mois à deux ans, s'il avait eu lieu la nuit. Cette pénalité parut insuffisante aux rédacteurs du Code pénal de 1810, qui maintinrent cependant, au point de vue de l'incrimination, le classement spécial des vols commis dans les champs. En 1832, on revisa cette partie de la législation criminelle; et on la résuma dans l'article 388, auquel on doit joindre, pour la compléter, l'article 475, § 15, du Code pénal. Aujourd'hui, il faut distinguer les vols ou tentatives de vols de chevaux ou bêtes de charge, de voiture ou de monture, de gros et menus bestiaux et d'instruments d'agriculture, des vols et tentatives de vols de récoltes ou autres productions utiles de la terre. Dans les vols de cette dernière espèce, la loi punit plus sévèrement les vols et tentatives de vols de récoltes et autres productions de la terre détachées du sol, que les vols et tentatives de vols de récoltes ou autres productions utiles de la terre qui, avant d'être soustraites, n'étaient pas encore détachées du sol[9].

[9] Code pénal, article 388 : « Quiconque aura volé ou tenté de voler dans les champs des chevaux ou bêtes de charge, de voiture ou de monture, gros et menus bestiaux, ou des instruments d'agriculture, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de seize francs à cinq cents francs. — Il en sera de même à l'égard des vols de bois dans les ventes et de pierres dans les carrières, ainsi qu'à l'égard du vol de poissons en étang, vivier ou réservoir. — Quiconque aura volé ou tenté de voler dans les champs des récoltes ou autres productions utiles de la terre, déjà détachées du sol, ou des meules de grains faisant partie des récoltes, sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende de seize francs à deux cents francs. — Si le vol a été commis, soit la nuit, soit par plusieurs personnes, soit à l'aide de voitures ou d'animaux de charge, l'emprisonnement sera d'un an à cinq ans, et l'amende de seize francs à cinq cents francs. — Lorsque le vol ou la tentative de vol de récoltes ou autres productions utiles de la terre, qui, avant d'être soustraites, n'étaient pas encore détachées du sol, aura eu lieu, soit avec des paniers ou des sacs ou autres objets équivalents, soit la nuit, soit à l'aide de voitures

l'objet du délit soit compris dans l'énumération de cet article.

1° Cette énumération comprend, d'abord, les *chevaux ou bêtes de charge, de voiture ou de monture, les gros et menus bestiaux*. Deux difficultés ont été soulevées sur l'étendue de ce premier groupe.

On s'est demandé si ce n'était pas à dessein que le législateur avait employé le *pluriel*, et, on a, par suite, soutenu que le vol d'*un seul* de ces animaux ne tombait pas sous le coup de l'article 388. Mais ce n'est pas du nombre des objets soustraits que dépend la nature du délit, c'est de l'espèce de ces objets, de la circonstance qu'ils étaient exposés à la foi publique dans les champs[12].

Les gros et menus bestiaux, c'est-à-dire les taureaux, les bœufs, les vaches, les porcs, les moutons, les chèvres, placés ou non sous la surveillance de leur gardien, sont protégés, contre toute soustraction frauduleuse, par l'article 388. Mais les poules, les oies, les dindes sont-elles comprises parmi les menus bestiaux dont parle cet article? Nous ne le pensons pas, car les mots n'ont pas, dans le langage de la loi, une signification plus large que dans le langage ordinaire. Du reste, la question ne présente pas d'intérêt pratique; car si le vol de volailles dans les champs n'est pas réprimé par l'article 388, il est puni par l'article 401[13].

2° L'énumération de la loi comprend les *instruments d'agriculture*. Il faut entendre par cette expression tous les outils, sans distinction et restriction, qui servent à la culture de la terre, suivant les usages de chaque pays[14].

3° Après les vols de bestiaux et d'instruments d'agriculture,

[12] Aussi la Cour de cassation a déclaré (2 janvier 1813, S. *Coll. nouv.*, t. IV, 1, 254) « qu'en employant les mots *chevaux*, bêtes de charge, au pluriel, l'article 388 a compris nécessairement dans sa disposition le cas où le vol n'aurait pour objet qu'un seul cheval ou une seule bête de charge ». Cf. Blanche, t. V, n° 603; Chauveau et Hélie, t. V, n° 2024.

[13] Voy. Blanche, t. V, n° 605.

[14] Cf. Chauveau et Hélie, t. V, n° 2027; Blanche, t. V, n° 606. Par exemple, une brouette, servant à l'agriculture, une sulfateuse, une soufreuse, etc.

Mais l'article 388 ne s'applique qu'autant que le poisson volé était renfermé dans un étang, vivier ou réservoir. Autrement, l'enlèvement de poisson constituerait, soit un délit de pêche ordinaire, passible des dispositions de la loi du 15 avril 1829, si le poisson se trouvait dans un fleuve, dans une rivière, dans un cours d'eau, soit un vol simple, s'il se trouvait dans des paniers, baquets, etc.

4° L'article 388 s'applique aux *récoltes ou autres productions utiles de la terre*. Ces termes, absolument généraux, comprennent tous les fruits ou productions de la terre qui, séparés de leurs racines ou de leurs tiges, par le fait du propriétaire ou de celui qui le représente, sont laissés *momentanément* dans les champs et ainsi confiés à la foi publique, jusqu'à l'époque de leur enlèvement et de leur placement dans un lieu où ils pourront être particulièrement surveillés[18]. Il importe peu que le vol ait eu pour objet *tout* ou *partie* de la récolte, l'article 388 ne restreint pas ses prévisions au produit total de telle ou telle pièce de terre ; une récolte partielle est certainement une récolte [19]. Mais trois observations limitent la portée de la loi. Il faut que la récolte ait été détachée du sol par le propriétaire ou celui qui le représente ; par ce fait seulement, elle est considérée comme confiée à la foi publique[20]. Il faut, de plus, que les pro-

l'art. 388, § 2. Voy. sur le vol de grenouilles dans les réservoirs d'autrui : Bordeaux, 29 novembre 1893 (D. 94. 2. 86).

[18] Ce sont, à peu près, les termes d'un arrêt de la Cour de cassation du 17 avril 1812 (S. *Coll. nouv.*, t. IV, 1. 78). La Cour de cassation en a conclu que le vol des gâteaux de miel dans une ruche ne rentrait pas dans les termes de la loi.

[19] *Sic*, Blanche, t. V, n° 616, et les arrêts qu'il cite.

[20] C'est ainsi qu'il a été décidé, avec raison, que la soustraction frauduleuse, dans les champs, de pommes tombées accidentellement d'un arbre, ne constitue ni le vol de récoltes déjà détachées de leur tige par le propriétaire lui-même (C. p., art. 308, § 3), ni la soustraction de produits non encore détachés du sol (C. p., art. 475, § 15) ; mais un vol simple prévu par l'article 401 : Trib. corr. Compiègne, 11 mars 1884 (*Gaz. Pal.*, 85. 1, *suppl.* 18). Ainsi encore, il a été jugé que le fait, par un individu, d'avoir, dans un champ, frauduleusement enlevé des arbres appartenant à autrui et qu'il avait abattus en vue de se les approprier, ne constitue ni le délit prévu

Au point de vue de la pénalité, les délits qui nous occupent peuvent être répartis en trois groupes.

Le premier comprend les vols de bestiaux et d'instruments d'agriculture dans les champs, de bois dans les ventes, de pierres dans les carrières et de poissons dans les étangs. Les peines sont au nombre de quatre : un emprisonnement de un à deux ans, une amende de seize à cinq cents francs. Ces deux dernières peines sont obligatoires. Les deux autres sont, au contraire, facultatives : l'une consiste dans l'interdiction pendant cinq ans au moins et dix ans au plus de tout ou partie des droits mentionnés en l'article 42 du Code pénal; l'autre est la surveillance de la haute police, aujourd'hui remplacée par l'interdiction de séjour, pendant le même nombre d'années.

2128. Le second groupe comprend le vol des récoltes ou autres productions utiles de la terre déjà détachées du sol, et le vol des meules de grains faisant partie des récoltes. Les peines obligatoires sont l'emprisonnement de quinze jours à deux ans et l'amende de seize francs à deux cents francs. Les juges peuvent encore, dans cette hypothèse, infliger, pour la durée indiquée, l'interdiction et la surveillance de la haute police, remplacée par l'interdiction de séjour. Cette pénalité a été édictée par la loi du 28 avril 1832 qui a notablement adouci l'ancien article 388. Il résulte, aujourd'hui, de ce changement de législation que la peine, dans ce cas, est plus douce que celle établie par l'article 401 pour les vols simples; et tandis qu'avant 1832, la jurisprudence cherchait à restreindre l'application de l'article 388 et à laisser, sous la règle de l'article 401, les soustractions commises dans les champs, elle cherche aujourd'hui à l'étendre [22]. Dans les conditions actuelles de la législation, l'application extensive de l'article 388 nous paraît conforme à l'esprit de la loi et aux règles générales sur l'interprétation pénale.

2129. Le troisième groupe comprend le *vol des récoltes sur pied* ou *maraudage*.

Il résulte de la combinaison de l'article 388 avec l'article 475,

[22] V. les exemples donnés par Blanche, t. VI, n° 620; et par Chauveau et Hélie, t. V, n° 2039.

ductions de la terre n'aient pas perd[illegible] simple *contravention* l'article 388 ne s'applique, en effet [illegible] d'amende, lorsqu'il est gées, laissées dans les champs. [illegible] jour, et sans emploi de ait eu pour objet des production[illegible] mais qu'il devient un pression restrictive démontre la [illegible] d'un emprisonnement protection aux productions qui [illegible] amende de seize à deux autoriser l'exercice de l'action [illegible] des paniers ou des d'objets qui sont, le plus souv[illegible] la nuit, soit à l'aide de gnes, par les propriétaires[21]. [illegible] enfin par plusieurs per-

C'est surtout aux récoltes [illegible] plus difficile la surveil-sol que s'applique la loi. [illegible] présumer qu'il s'agit d'un meules de grains, c'est-à-[illegible] système général du Code pé-après la récolte, dans le [illegible] choses volées qui modifie la produits, la même gar[illegible] gerbes, que le cultivat[illegible] dans les champs, mais sur la terre, en att[illegible] habitée, change-t-il de aurait pu douter, ou [illegible] la pénalité du vol de récol-espèce de vol. [illegible] modicité des objets volés, [illegible] le vol s'exécute. En con-

par l'article 445 du [illegible] l'article 388 et de l'arti-rentre dans la disp[illegible] *dans les champs*, n° 243). Ainsi, le [illegible] dépendant d'une maison américains, tomb[illegible] plus un maraudage, dant, Montpellier, [illegible] de l'article 401 du Code ces sarments, [illegible] titnerait le délit [illegible] Dijon, 25 janv. [illegible]

[21] La jurisp[illegible] ne pourrait pas dans le sens [illegible] d'un sac Cass., 27 janvier terre produit [illegible] ajoute avec rai-pliqué l'artic[illegible] avait été apporté n° 18) à l'[illegible] d'un sac ou d'un (Cass., 4 nov[illegible] par la mer [illegible] tout comme D 90, [illegible] d'un moyen de trans-L'artic[illegible] [illegible] décachés du [illegible] les articles applicables à [illegible] 475, § 15 du [illegible]

me paraît applicable à la soustraction des trie humaine, même confiés à la terre, par les arbres, arbustes, vignes, greffés et prépa- , dans une pépinière [26].

peine applicable aux vols des récoltes s'aggrave, ont été commis avec l'une des circonstances sui- ont été effectués, soit la nuit, soit par plusieurs per- à l'aide de voitures ou d'animaux de charge. Cha- circonstances énoncées donne lieu à la peine d'un an de prison, et à l'amende de seize à cinq cents francs. que faut-il décider si *deux* de ces circonstances sont réu- ou si les *trois* concourent à la fois ? Le vol rentre alors les termes de l'article 386 et devient un *crime*. En effet, réunion de ces circonstances fait nécessairement sortir le dès termes et conditions de l'article 388, et, dès lors, il tombe, par une conséquence évidente, sous le coup de l'article 386, qui prévoit les *vols commis la nuit, par plusieurs personnes*. Cette solution, que nous considérons comme certaine, amène quelques contradictions dans l'ensemble du système légal [27]. Ainsi, le concours de la nuit avec l'emploi de voitures ou d'animaux de charge ne produit aucune aggravation, tandis que le concours de la nuit et la participation de plusieurs personnes donnent au fait le caractère de crime, bien que, dans l'article 388, l'emploi de voitures et la participation de plusieurs personnes constituent la même criminalité.

2131. Le Code pénal a prévu une dernière espèce de vol commis dans les champs : il s'agit de la soustraction opérée au moyen de l'enlèvement ou du déplacement des bornes. L'article 389, qui a été modifié dans sa pénalité par la loi du 13 mai

[26] Ainsi, le fait d'arracher, dans une pépinière, pour se les approprier, des arbres fruitiers qui ont été semés de main d'homme, greffés, plantés, et contreplantés à diverses reprises pour être livrés à la vente, lorsqu'ils ont été amenés par la taille à une forme particulière, constitue le délit de vol puni par l'article 401 et non pas le délit de maraudage puni, suivant les cas, des peines portées aux articles 388 et 475 § 15 du Code pénal. Paris, 18 mars 1889 (*Gaz. Pal.*, 89. 1. 606).

[27] Voy. sur ce point : Chauveau et Hélie, t. V, n° 2043.

[illegible] Tout individu qui, pour [illegible] tente d'enlever les bornes [illegible] sera puni d'un emprison- [illegible] une amende de seize francs [illegible] en outre, être privé [illegible] pendant cinq ans au moins [illegible] pour où il aura subi sa peine, [illegible] sous la surveillance de la [illegible] par l'interdiction de séjour. [illegible]

[illegible] objet de cette disposition. [illegible] *usurpations* de terre, les [illegible] déplacements de bornes, des- [illegible] de cette nature, sont prévus [illegible] Il s'agit, ici, d'un [illegible] ne s'applique qu'aux [illegible] la loi n'a en vue que [illegible] le héritage, pour [illegible] C'est là un moyen em- [illegible] Le Code pénal de 1810 [illegible] constitutive d'une cir- [illegible] le crime. [illegible] qui spécialise [illegible]

[illegible] sens général? La [illegible] construction [illegible] de tout ce qui [illegible] par exemple [illegible] Je n'hésite pas à l'ad- [illegible] puissent être différemment [illegible]

[illegible] distinct, qui fait [illegible] XXI du livre XLVII, *De termino moto*, et de [illegible] des Codes modernes.

[illegible] HELIE, t. V, n° 2051. « On appelle *bornes*, [illegible] III, p. 338, tout ce qui sert à distinguer [illegible]

2132. Les règles sur la police et sur la conservation des bois et forêts doivent être combinées avec le régime du vol dans les champs. Souvent, des incertitudes existent sur les limites d'application de diverses dispositions qui concernent ces matières. Ainsi, l'article **144** du Code forestier punit d'une amende et d'un emprisonnement de trois jours au plus : « toute extraction ou enlèvement non autorisé de pierre, sable, minerai, terre ou gazon, tourbe, bruyères, genêts, herbages, feuilles vertes ou mortes, engrais existant sur le sol des forêts, glands, faînes et autres fruits ou semences des bois et forêts. » La soustraction frauduleuse de ces objets, dont l'énumération n'est certainement pas limitative, ne peut constituer un vol, rentrant dans les termes de l'article 388 du Code pénal, que si leur production est le fait de la culture de l'homme, ou bien s'il s'agit d'objets qui ont été déjà mis en exploitation[30].

2133. *Altération de liquides par un voiturier.* — L'article 386 qui punit de la réclusion les soustractions opérées par des voituriers ou bateliers sur les choses qui leur sont confiées à ce titre, atteint, sans difficulté, la soustraction des liquides, faci-

héritages, tel que pierres, arbres, haies, piliers, fossés et autres choses plantées et faites à cette fin. »

[30] La question d'application des deux Codes s'est notamment posée, en pratique, à propos des truffes. Evidemment, on ne peut considérer les truffes comme des *res nullius*, puisqu'elles font l'objet de *récoltes*, et qu'elles sont un produit de la terre, produit qui donne lieu à une exploitation. Mais quelle peine faut-il appliquer au vol de truffes ? Dans une première opinion, ce comestible doit être considéré comme différant des produits forestiers proprement dits et, dès lors, la répression du vol de truffes est soumise aux règles du droit commun (Trib. cor. d'Auxerre, 15 février 1855, D. 55. 1. 105). D'après une seconde opinion, l'article 144 du Code forestier punit l'enlèvement de toutes les productions du sol forestier, non déterminées par d'autres dispositions répressives, et par conséquent l'enlèvement des truffes (Amiens, 25 janvier 1861, D. 61. 5. 245 ; Cass., 27 novembre 1867, D. 70. 1. 139). Nous croyons qu'il faut, conformément à la règle posée au texte, faire une distinction entre la truffe considérée comme produit naturel, et la truffe due à la culture ; appliquer l'article 144 du Code forestier, à l'enlèvement de la première espèce de truffe, l'article 388 du Code pénal, à la soustraction de la seconde espèce. *Sic*, Cass., 3 août 1878 (D. 79. 1. 389); Grenoble, 11 juillet 1896 (S. 97. 2. 269) et la note.

mulée par un mélange ou une addition. Mais l'ar-
cupe d'un fait qui n'a, avec le vol, aucune analogie,
consiste, de la part d'un voiturier ou batelier, à altérer,
mélange de substances malfaisantes ou inoffensives, les
ou toute autre espèce de liquides ou marchandises dont le
transport lui a été confié. Ce fait qui constituait, dans le sys-
tème du Code pénal de 1810, tantôt un *crime* puni de la réclu-
sion, tantôt un *délit*, a été *correctionnalisé* par la loi du 13 mai
1863. L'article 387, qui le prévoit, est ainsi conçu : « Les voi-
turiers, bateliers ou leurs préposés qui auront altéré ou tenté
d'altérer des vins ou toute autre espèce de liquides ou marchan-
dises dont le transport leur avait été confié et qui auront com
mis ou tenté de commettre cette altération par le mélange de
substances malfaisantes, seront punis d'un emprisonnement de
deux à cinq ans, et d'une amende de 25 à 500 francs. Ils pourront,
en outre, être privés des droits mentionnés en l'article 42 du
présent Code pendant cinq ans au moins et dix ans au plus; ils
pourront aussi être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la sur-
veillance de la haute police pendant le même nombre d'années.
S'il n'y a pas eu mélange de substances malfaisantes, la peine
sera un emprisonnement d'un mois à un an, et une amende de
16 à 100 francs. »

Cette disposition a son origine dans l'ancienne jurisprudence qui considérait, soit comme une espèce de *vol*, soit comme une espèce de *faux*, le fait des voituriers qui frauďaient et gâtaient le vin qu'ils étaient chargés de conduire [31]. Par son véritable caractère, le délit se rapproche beaucoup plus de l'abus de confiance que du vol ou du faux. Mais c'est un délit *spécial* qui n'entraînera pas la relégation.

2134. Trois circonstances sont constitutives de cette incrimination spéciale : il faut que le prévenu ait la qualité de voiturier, de batelier, ou de préposé de ceux-ci ; il faut que des liqui-

[31] Voy. Jousse, *op. cit.*, t. IV, p. 190 ; Muyart de Vouglans (*Lois crim.*, p. 277 et 299) s'exprime ainsi : « Relativement au faux qui se commet dans le vin, il y en a une espèce particulière contre laquelle des arrêts ont tou-
« sévi avec le plus de rigueur : c'est celle qui se commet par les charre-
« tiers qui frauďent et gâtent le vin qu'ils sont chargés de conduire. »

des ou marchandises lui aient été confiés pour les transporter; enfin, il faut qu'il les ait altérées.

a) La qualité de voiturier ou batelier appartient, non seulement à ceux qui font leur *profession habituelle* des transports par terre et par eau, comme les compagnies de chemins de fer et leurs préposés[32], mais encore à ceux qui, en vertu d'un marché spécial, se chargent *accidentellement* d'un transport. La loi du 10 avril 1825, relative à la sûreté de la navigation et du commerce maritime, déclare l'article 387 applicable aux altérations de vivres et marchandises commises à bord par les bateliers ou leurs préposés. L'article 94 du décret du 24 mars 1852, sur la marine marchande, punit de la réclusion *toutes personnes embarquées*, à quelque titre que ce soit, qui altèrent volontairement les vivres, boissons ou autres objets de consommation par le mélange de substances nuisibles à la santé; mais les articles 60 et 75 ne punissent que d'une peine correctionnelle l'altération de vivres ou de marchandises par le mélange de substances non malfaisantes.

b) La seconde condition, c'est que les liquides ou marchandises altérés aient été confiés à l'agent pour les transporter, de sorte que le fait d'altération, juridiquement caractérisé, est un *abus de dépôt* par un procédé spécialement prévu.

c) La matérialité du délit suppose un fait d'altération *con-*

[32] Voici, en effet, ce qu'on lit dans le rapport de la commission du Corps législatif sur le projet qui est devenu la loi du 13 mai 1863 : « L'honorable M. Millet nous a proposé d'ajouter à cet article les dispositions suivantes : « Les peines portées par cet article et celles portées par le quatrième paragraphe de l'article 386 seront applicables à tous agents et employés des compagnies de chemins de fer. » Il nous a expliqué lui-même que son amendement n'avait pour but que de compléter une rédaction que les progrès accomplis ont rendu insuffisante, et qui mettait les tribunaux dans la nécessité d'une répression par analogie. Mais pourquoi supposer qu'il soit permis de mettre en doute que les compagnies de chemins de fer et leurs préposés doivent être assimilés aux voituriers et aux entrepreneurs de transports? A notre avis, il n'y a pas seulement analogie, il y a identité dans les situations. Le déclarer à propos des articles 386 et 387, c'était reconnaître qu'il fallait le déclarer aussi à propos d'autres dispositions analogues dans la législation. L'amendement de M. Millet n'était donc pas nécessité pour le cas auquel il s'applique. »

(C. p., art. 388). Le plus souvent, le vol n'est aggravé que par la réunion de plusieurs de ces circonstances; mais quelquefois, une seule suffit.

b) L'emploi de la *violence*, comme moyen de commettre un vol donne, à la soustraction de la chose d'autrui, une nature mixte et en fait un délit, dirigé, à la fois, contre les personnes et contre les choses. Dans la plupart des législations, cette forme de soustraction porte même un nom spécial[1] : notre Code pénal ne la caractérise que par la peine (C. p., art. 381, § 5, et art. 382).

2136. Dans le droit français, la seule distinction qui soit faite par la loi est celle du *vol simple* et du *vol qualifié*.

C'est une distinction, du reste, traditionnelle[2]. Le vol simple est un *délit*, le vol qualifié est un *crime*.

§ CXXXVI. — DES VOLS AGGRAVÉS PAR LA QUALITÉ DE CELUI QUI LES COMMET.

(C. p., art. 386, §§ 3 et 4).

2137. Des vols aggravés par l'abus de fonctions publiques. Péculat. Concussion. Renvoi. — **2138**. Vols aggravés par la qualité de celui qui les commet. — **2139**. Du vol domestique. Son histoire. — **2140**. Énumération limitative des personnes dont la qualité aggrave le vol. — **2141**. Vols commis par les domestiques ou gens de service à gages. — **2142**. Le détournement précédé d'une remise est un abus de confiance qualifié. — **2143**. Que faut-il entendre par domestiques et hommes de service à gages. — **2144**. Vols commis par les ou-

§ CXXXV. [1] Dans la législation italienne, le vol avec violence porte le nom de *depredazione*. La *depredazione* se divise en *rapina* et *grassazione*.

[2] « Le vol qualifié, dit Jousse (*op. cit.*, p. 202), est celui qui est accompagné de quelque circonstance aggravante, prise du lieu, ou du temps, ou de la chose volée, ou de la manière dont le vol est fait ». Presque tous les vols qualifiés étaient punis, dans notre ancien droit, de la peine des galères à temps ou à vie et très souvent de celle de mort par la potence ou sur la roue. Voy. Muyart de Vouglans, p. 400. Cette dernière peine qu'on avait autrefois employée en France et qui était très usitée en Allemagne (Voy. Jousse, *op. cit.*, t. III, p. 43; de Pastoret, *Des lois pénales*, t. I, p. 64 ; Jules Loiseleur, *Crimes et peines dans l'antiquité et les temps modernes*, p. 140 et 152), fut rétablie par un édit de janvier 1534 dont les dispositions sont restées en vigueur, jusqu'à la Révolution (Voy. les textes cités dans le *Code pénal* de Laverdy, p. 105).

1724, qui statuait sur deux espèces de vols qualifiés : ceux dont se rendaient coupables les domestiques, et ceux qui étaient commis dans les églises, ne fit que donner une force nouvelle à ce qui avait été antérieurement pratiqué, en prescrivant, dans son article 2, en termes absolus, de punir de mort tous les vols domestiques. Mais « les maîtres, en général, eurent horreur de cette loi sauvage, dit un historien[3], et n'en provoquèrent que très rarement l'application, de sorte que les domestiques coupables restèrent bien plus souvent impunis en France que partout ailleurs. » Le Code pénal de 1791 atténua cette sévérité[4]. Il punit de huit années de fers, le vol « commis dans l'intérieur d'une maison par une personne habitante ou commensale de ladite maison, ou reçue habituellement dans ladite maison, pour y faire un service ou travail salarié, ou qui y soit admise à titre d'hospitalité. » La loi du 25 frimaire an VIII distingua entre les vols commis par les domestiques et les vols commis par les commensaux d'une maison. Elle laissa les premiers sous l'empire du Code pénal de 1791, mais elle réduisit la peine des seconds, si ces vols avaient été commis pendant le jour.

Ces précédents étaient utiles à rappeler pour fixer le système auquel s'est arrêté le Code pénal de 1810. L'article 386 punit de la réclusion « tout individu coupable de vol commis dans l'un des cas ci-après... : 3° Si le voleur est un domestique ou un homme de service à gages, même lorsqu'il aura commis le vol envers des personnes qu'il ne servait pas mais qui se trou-

il est pendable : car c'est manière de traison. Et cil à qui il faît le meffet, le doit pendre par droit, se il a justice en sa terre.»

[3] Henri Martin, *Hist. de France*, t. XV, p. 126 (de l'éd. de 1859, 17 vol. in-8°). « La sévérité excessive de la loi l'annule entièrement, écrit Mercier (dans son *Tableau de Paris*, chap. XXV, p. 85 de l'éd. de 1853) ; et le vol domestique, très fréquent parmi nous, est presque impuni de nos jours, parce que le maître et le juge détestent intérieurement son extrême rigueur : sur dix servantes, quatre sont voleuses. Personne ne veut se charger de l'accusation à cause des suites. On les renvoie, elles volent chez le voisin et s'accoutument à l'impunité. » Les exemples de condamnations à mort pour vols domestiques ne furent cependant pas rares. V. Molinier, *op. et loc. cit.*, p. 87.

[4] Code pénal de 1791, art. 13, sect. II, tit. II.

vaient soit dans la maison de son maître, soit dans celle où il l'accompagnait : ou si c'est un ouvrier, compagnon ou apprenti, dans la maison, l'atelier ou le magasin de son maître ; ou un individu travaillant habituellement dans la maison où il aura volé. » Ainsi que le faisait la législation antérieure, le Code pénal français spécialise le vol domestique ; mais il diffère du Code pénal de 1791 en ce qu'il exclut, du cercle de l'aggravation, les simples habitants et commensaux de la maison, et les personnes qui y sont admises à titre d'hospitalité. Il se sépare également de la loi du 25 frimaire an VIII, en ce qu'il frappe de la même peine les domestiques à gages et les personnes qui sont admises, soit momentanément, soit habituellement, dans la maison pour y faire un travail ou un service salarié. En s'écartant de ces deux législations, le Code pénal a voulu restreindre l'incrimination à cette espèce de vol qui constitue la violation de deux devoirs, celui de probité et celui de fidélité, et qui se complique d'un abus de la confiance nécessaire qu'a dû avoir, dans l'auteur du vol, la personne qui en est la victime.

2140. L'article 386 § 3, ne fait peser l'aggravation que sur trois classes de personnes : les *domestiques* ou *gens de service à gages*, les *ouvriers* et les *individus travaillant habituellement* dans l'habitation où ils ont volé.

La loi française procède donc par une *énumération*, nécessairement *limitative*, des catégories de personnes entre lesquelles existent ces rapports de confiance qui, en facilitant le vol, aggravent la culpabilité de celui qui le commet. Les législations les plus récentes se servent d'une formule plus générale et plus compréhensive. Ainsi, l'article 404 du Code pénal italien aggrave le vol, « si le fait est commis par abus de la confiance résultant des relations réciproques d'emploi, de prestation d'ouvrage ou de cohabitation, même temporaire, entre la victime du vol et le coupable, quant aux choses qui, en conséquence de ces relations, sont laissées ou remises à la foi de ce dernier[5]. » Ce système est évidemment préférable à celui de la loi fran-

[5] [illegible] ne fait pas de ces circonstances une cause [illegible] du vol.

çaise. Il est, à la fois, plus extensif et plus restrictif que le nôtre.

2141. La première catégorie comprend le vol commis par les *domestiques* ou *gens de service à gages*, soit au préjudice de leur maître, en quelque lieu qu'il ait été exécuté, soit même au préjudice d'une personne étrangère, si la chose soustraite se trouvait dans la maison du maître ou dans celle où le prévenu accompagnait celui-ci. La notion du vol domestique a donc pris, dans le droit français, une double extension. En principe, en effet, on comprendrait qu'elle fût restreinte à la soustraction commise par le domestique dans la maison où il sert et au préjudice du maître qui l'occupe. C'est, en effet, la forme ordinaire de l'infraction. Mais la double condition de lieu (*maison*) et de personne (*maître*) n'est pas toujours exigée.

a) Les vols, opérés au *préjudice du maître*, encourent l'aggravation de l'article 386, en quelque endroit qu'ils aient été perpétrés. La raison d'être de la sévérité de la loi se trouve, en effet, exclusivement dans les rapports de confiance, forcés et nécessaires, qui existent entre le maître et ses domestiques ou ses serviteurs à gages. Il est donc inutile d'exprimer, dans la qualification ou dans la question posée au jury, en quel endroit le vol a été commis [6].

b) Les vols, commis par les domestiques ou gens de service à gages, au *préjudice de personnes étrangères*, ne sont considérés comme vols domestiques que lorsque ces personnes se trouvaient, au moment de la soustraction, soit dans la maison du maître, soit dans celle où le prévenu l'accompagnait. Mais, pour entendre sainement la disposition de l'article 386, il ne faut pas se préoccuper de la présence ou de l'absence de la personne à laquelle l'objet volé appartenait. Il nous paraît certain, en effet, qu'il y a vol domestique, aussi bien lorsque la soustraction, opérée *dans la maison du maître*, porte sur une chose appartenant à une personne absente qui l'a confiée à celui-ci que, lorsque le vol, ayant été commis par des domestiques ou gens de service à gages *dans une maison où ils accompagnent leur maître*, a pour objet une chose appartenant à une personne qui

[6] Jurisprudence constante. Voy. BLANCHE, t. V, n° 559.

générale, ce sont les individus attachés au service de la personne ou de la maison, auxquels on paye un salaire soit en argent, soit en nourriture et logement. Ainsi, on devra considérer, comme ayant ce caractère : 1° ceux qui engagent leurs services dans une auberge, un café, un établissement quelconque, sous la condition d'y être nourris et logés et de partager, avec les autres domestiques, les pourboires des clients ; 2° les commis ou préposés à gages des négociants et marchands [11]; 3° les commis ou préposés *personnels* des fonctionnaires publics, directement salariés par ces fonctionnaires ; 4° les clercs d'huissier, de notaire, d'avoué, etc. ; 5° les élèves d'un pharmacien, d'un droguiste, etc.

Mais cette qualification ne comprendrait pas les agents des administrations publiques et les individus ayant un caractère officiel. C'est ainsi que la jurisprudence a refusé de l'étendre aux gardes particuliers à raison de leur qualité d'officiers de police judiciaire [12], aux facteurs des postes, à raison de leur situation d'agents ou préposés du gouvernement [13].

2144. La seconde catégorie de personnes, dont la qualité devient une circonstance aggravante du vol, comprend les *ouvriers compagnons* et *apprentis* [14]. Deux circonstances sont constitutives de l'aggravation dans ce cas : il faut que le vol ait été commis par une personne ayant cette qualité, et qu'il l'ait été dans la maison, l'atelier et le magasin du maître. D'où il suit, au point de vue de la procédure, qu'on peut réunir, dans la même question, et la *qualité* d'ouvrier, compagnon ou apprenti, appartenant à l'accusé, et le *lieu* où le vol a été commis [15].

[11] Jurisprudence constante. Voy. notamment : Cass., 9 avril 1892 (S. 92. 1. 526).

[12] Cass. (règl. de juges), 19 juillet 1883 (S. 85. 1. 471). Voy. Blanche, t. V, n° 566.

[13] Cass., 14 juin 1850 (S. 51. 1. 159).

[14] Cette aggravation existait déjà dans l'ancien droit. « Les compagnons et apprentis, dit Jousse (*op. cit.*, t. IV, p. 203), qui volent le maître chez qui ils demeurent, doivent aussi être regardés comme voleurs domestiques, et il en est de même des jardiniers, vignerons, valets de labours et autres qui volent leurs maîtres. »

[15] Cass., 28 mai 1875 (*B. cr.*, n° 164).

C'est la qualité d'ouvrier, de compagnon ou d'apprenti qui, à raison des relations de confiance qu'elle établit avec le maître, et de la facilité qu'elle donne pour commettre la soustraction, est la condition essentielle de l'aggravation. Mais s'il n'est pas nécessaire que la soustraction ait été commise au préjudice du maître, il faut qu'elle ait été opérée dans la maison, l'atelier ou le magasin de ce dernier, circonstance qui doit être expressément relevée dans la question posée au jury [16]. La détermination précise du lieu du délit a donc, dans ce cas, la même importance que la détermination de la qualité du voleur. Ainsi, l'article 386, qui serait applicable, si le vol avait été commis par l'ouvrier dans l'appartement du maître [17], cesserait de l'être si le vol, commis dans le domaine de celui-ci, n'avait eu lieu ni dans la maison, ni dans l'atelier, ni dans le magasin du maître [18]. Cette limitation s'explique par l'idée même de l'aggravation, suite de la confiance nécessaire accordée à l'ouvrier par le maître pour les besoins de son travail.

2145. La troisième catégorie comprend les *individus travaillant habituellement dans la maison* où ils ont volé.

Deux conditions sont également constitutives de l'aggravation : une condition de *lieu* et une condition de *travail habituel*. Il faut d'abord que la soustraction ait été opérée dans l'*habitation où le travail avait lieu*, d'où la conséquence que cette circonstance doit être nécessairement relevée dans la question posée au jury et qu'un arrêt de condamnation, prononcé en vertu de l'article 386, manquerait de base, s'il se bornait à viser un verdict constatant que l'accusé travaillait habituellement chez la victime [19]. Il faut ensuite que le travail ait été *habituel*. Mais, à

[16] Voy. Blanche, t. V, n° 569.

[17] Voy. particulièrement : Cass., 29 avril 1830 (D. J. G., v° *Vol*, n° 236).

[18] *Sic*, Cass., 24 mai 1832 (S. 32. 1. 686). Ainsi, il a été jugé qu'un garde-halte d'une compagnie de chemin de fer, qui s'est introduit à plusieurs reprises dans des wagons et a dérobé des ballots de marchandises, n'a à répondre que de vols simples, ces faits n'ayant été commis ni au préjudice du maître, ni dans la campagne, ni dans la maison de ce dernier : Toulouse, 14 févr. 1880 (D. J. G., supplément, v° *Vol*, n° 44).

[19] Jurisprudence constante. Voy. Blanche, t. V, n° 575. L'aggravation

ce second point de vue, deux séries de difficultés se posent. On s'est demandé si l'expression de la loi « travaillant habituellement » embrasse toute espèce de travaux, les travaux intellectuels comme les travaux matériels. En la restreignant à ceux qui sont faits par des manœuvres, des ouvriers, des gens de service, on distinguerait là où la loi ne distingue pas. Il faut, mais il suffit, pour aggraver la culpabilité de l'auteur du vol, qu'il ait travaillé habituellement dans l'habitation « et pu ainsi étudier l'état des lieux et les habitudes du propriétaire ou locataire, et ait abusé des facilités que lui procurait son travail habituel[20]. » D'un autre côté, la loi n'ayant pas déterminé ce qu'elle entend par travail habituel, on pourrait hésiter sur les circonstances qui constituent l'habitude. Evidemment, il n'est pas nécessaire que le travail soit continu, mais il ne suffit pas qu'il soit accidentel ; il faut que les services rendus aient un caractère tel qu'ils impliquent confiance chez le patron, fidélité chez l'inculpé, et, par suite, absence de ces précautions d'usage dont on ne se départit guère qu'en faveur de l'homme qui travaille habituellement dans la maison[21]. Mais la loi n'exige pas que la perpétration du vol ait eu lieu un jour de travail[22].

2146. *Des vols commis par les aubergistes et hôteliers.* — La situation des aubergistes et des hôteliers, au point de vue de la soustraction des effets des voyageurs, se résume en deux règles corrélatives.

D'une part, les aubergistes et hôteliers sont responsables comme dépositaires des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux. *Necesse est*, disait la loi romaine, *plerumque*

de peine est applicable au commis en écriture qui travaillait habituellement dans une usine, et qui a commis un vol dans le logement du concierge de l'usine, alors que ce logement est une dépendance de l'usine. Cass., 19 avril 1892 S. 92. 1. 336).

[20] *Sic*, Cass., 12 août 1880 (S. 81. 1. 433). Dans cet arrêt l'aggravation portée par l'article 386 a été appliquée au prêtre qui exerce, moyennant un traitement annuel, les fonctions d'aumônier dans un couvent consacré à l'éducation des jeunes filles. Voy. CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 1994.

[21] Sur tous ces points : CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 1993 ; BLANCHE, t. V, n° 576.

[22] *Sic*, Cass., 27 août 1823 (*B. cr.*, n° 188).

eorum fidem sequi et res custodiæ eorum committere[23].

D'autre part, s'ils se rendent eux-mêmes coupables de vol, au préjudice des personnes qui viennent loger dans leur maison, et abusent ainsi de la confiance nécessaire qu'on est obligé d'avoir dans son hôte, ils sont punis plus rigoureusement que les voleurs ordinaires. Cette aggravation, déjà consacrée par l'ancienne jurisprudence[24], fut recueillie par le Code pénal de 1791[25] qui appliqua la disposition relative aux vols domestiques aux vols commis dans les hôtels, garnis, auberges, cabarets, maisons de traiteurs-logeurs, cafés et bains publics. L'article 2 de la loi du 25 frimaire an VIII introduisit une distinction, en ce qui concerne les vols commis dans les auberges, entre les aubergistes et toutes autres personnes, distinction qui, effacée par le Code pénal de 1810, rétablie par la loi du 25 juin 1824 (art. 3), a été définitivement consacrée par la loi du 28 avril 1832. Aujourd'hui, les vols commis dans les auberges, par toutes autres personnes que les aubergistes ou leurs préposés, ne sont plus que des vols simples, passibles des peines correctionnelles de l'article 401. L'article 386, § 4, n'a donc conservé la qualification de crime, puni de la réclusion, qu'aux vols commis par un aubergiste ou un hôtelier, ou un de leurs préposés, lorsqu'ils auront volé tout ou partie des choses qui leur étaient confiées à ce titre.

2147. La criminalité du fait prévu par l'article 386 § 4, résulte du concours de trois circonstances, il faut : 1° que l'agent ait la qualité d'aubergiste ou d'hôtelier; 2° que l'objet volé ou détourné ait été apporté, dans l'auberge ou hôtel, à raison du caractère de ce lieu; 3° que l'aubergiste ou l'hôtelier l'ait sous-

[23] L. 1, Dig. *nautæ, caupones, stabularii*. Code civil, article 1953. La loi du 18 avril 1880, a, du reste, ajouté, à ce texte, la disposition suivante : « Cette responsabilité est limitée à mille francs, pour les espèces monnayées et les valeurs ou titres au porteur de toute nature non déposés réellement entre les mains des aubergistes ou hôteliers. » Conf. Riom, 7 nov. 1894 (D. 95, 2, 558) et la note.

[24] Comp. ep. cit., t. IV, p. 185 ; MUYART DE VOUGLANS, *Les lois crim.*, t. II, tit. II.

trait, s'il ne lui a pas été déclaré, ou détourné, si cet objet lui a été remis.

2148. Les hôteliers et aubergistes sont, dans la pensée de la loi, toutes personnes qui tiennent *hôtel, auberge, maison garnie, restaurant, café* ou *cabaret*. La jurisprudence, après bien des discussions, s'est inspirée, pour interpréter les termes de l'article 386 § 4, de l'analogie des professions[26]. Les mots *hôtellerie, auberge* sont, en effet, des expressions générales, qui comprennent, selon leur acception commune et reconnue, « les

[26] Les discussions ont porté, plus particulièrement sur deux points. *a*) Doit-on comprendre, parmi les aubergistes ou hôteliers, les propriétaires de maisons garnies, où on ne donne pas à manger? La question, ayant été l'objet de divergences prolongées entre la Cour de cassation et les Cours d'appel (Voy. pour les détails : Blanche, t. V, n° 582), fut soumise au Conseil d'Etat qui la trancha par un avis interprétatif, approuvé le 10 octobre 1811, aux termes duquel « la peine portée par l'article 386 du Code pénal contre les vols commis dans une auberge ou hôtellerie, est applicable aux vols commis dans une maison ou hôtel garni ». Comp. Chauveau et Hélie, t. V, n° 1779. *b*) Doit-on comprendre, parmi les auberges et hôtelleries, les restaurants, cafés et cabarets? La jurisprudence a toujours admis cette extension (Voy. Blanche, t. V, n° 582), qui est cependant contestée par Chauveau et Hélie, t. V, n° 2002. Bien que les cabaretiers ne soient pas nommément compris dans l'énumération de l'article 386, il y a une telle analogie de situation et de profession, que les clients ont besoin de la même protection pour les effets qu'ils entreposent chez un cabaretier que pour ceux qu'ils apportent dans une auberge. La seule différence, entre les deux industries, c'est qu'en général les stations dans une auberge sont plus longues que les stations dans un cabaret. — Au point de vue de la jurisprudence civile et dans l'interprétation de l'art. 1953, sous le nom « d'aubergiste ou hôtelier », il faut comprendre tous ceux qui font profession de loger les voyageurs et étrangers, même quand ils ne donnent pas à manger. La responsabilité civile de l'art. 1953 s'applique donc à ceux qui tiennent des chambres garnies. A ce point de vue, l'interprétation donnée aux qualifications de l'art. 1953, C. civ. est identique à celle qu'a reçue, de la jurisprudence pénale, l'art. 386, C. p. Mais ne sont pas assimilés par les tribunaux civils aux hôteliers quant à la responsabilité civile: 1° les cafetiers, cabaretiers et restaurateurs; 2° les propriétaires de bains publics (Caen, 17 nov. 1875, S. 76. 2. 19); 3° les compagnies possédant des wagons-lits (Trib. Seine, 25 nov. 1892, D. 93. 2. 587; S. 93. 2. 107). Sauf dans la seconde hypothèse, la jurisprudence pénale a admis ou admettrait, dans les deux autres, l'assimilation de ces personnes à des hôteliers ou aubergistes.

[illegible] et maisons, où l'on est reçu [illegible] pour y prendre repas, [illegible] la loi n'a pas distingué « le lieu [illegible] de celui où il l'est pour pren- [illegible] aggravation est la même, soit que [illegible] du vol, habite lui-même l'hôtel, [illegible] que par ses préposés [29].

[illegible] soit réprimé par l'article 386, il faut [illegible] l'aubergiste ou l'hôtelier, sur « tout [illegible] qui leur étaient confiées à ce titre ». Par [illegible] soustrait avait été apporté, dans l'auberge [illegible] titre, par un individu qui ne serait pas, [illegible] consommateur ou un voyageur, le vol ren- [illegible] dispositions de l'article 401 [30]. Les mots *confié à* [illegible] effet, que les objets doivent avoir été *ap-* [illegible] voyageur ou le consommateur, parce que c'était [illegible] hôtel et à raison de la nature même du lieu. [illegible] distinction ne saurait être faite, par conséquent, entre [illegible] expressément *déposés* entre les mains de l'hôtelier et [illegible] simplement *apportés* dans l'hôtel [31]. Dans [illegible] dans l'autre, l'article 1952 du Code civil rend les [illegible] civilement responsables, parce qu'ils sont consi- [illegible] par leur profession même, comme des dépositaires néces- [illegible] effets *apportés* par un voyageur. Or, l'article 386, [illegible] la *sanction pénale* de cette responsabilité, lorsque l'au- [illegible] méconnaît lui-même le devoir de confiance qu'implique [illegible] profession.

2150. Il suit de là qu'en analysant la situation juridique [illegible] de l'aubergiste et de l'hôtelier, par rapport aux effets [illegible] sont confiés, le détournement de ces effets constitue-

[illegible] 1er avril 1813 (*B. cr.*, n° 61).

[illegible] 10 avril 1813 (*B. cr.*, n° 77).

[illegible] 1er octobre 1812 (*B. cr.*, n° 216).

[illegible] 5 septembre 1812 (*B. cr.*, n° 203). Voy. BLANCHE, t. V, n° 585. [illegible] jurisprudence a repoussé toute distinction à cet égard. Conf. BLANCHE, [illegible] n° 586, CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 2003. En effet, que le dépôt soit volontaire ou nécessaire, la violation n'en est pas moins délictueuse.

rait tantôt un *vol*, tantôt un *abus de confiance :* un vol, si les effets étaient simplement apportés, puisque le détournement s'opérerait par voie de *soustraction* ; un abus de confiance, si les effets étaient expressément confiés à l'aubergiste, puisque le dépôt, impliquant *remise de l'objet*, serait exclusif de la soustraction. Mais cette distinction reste étrangère à la loi française qui voit toujours, dans le détournement, un vol aggravé par la qualité de l'agent[32].

2151. *Du vol commis par les voituriers, bateliers.* — Les voituriers, les bateliers et leurs préposés sont passibles de la peine de la réclusion, lorsqu'ils ont volé tout ou partie des choses qui leur étaient confiées à ce titre [33]. Ils sont donc placés dans la même situation que les hôteliers et les aubergistes, soit au point de vue de la responsabilité civile, soit au point de vue de la responsabilité pénale. L'article 1782 du Code civil porte, en effet : « Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes. » Et l'article 386 § 4 du Code pénal, les confond dans la même disposition. Nous allons donc reprendre, en ce qui concerne les voituriers, les trois conditions de l'aggravation du vol.

2152. La première est la qualité de voiturier ou de batelier. Quand existe-t-elle? Ceux qui font leur profession habituelle des transports par terre ou par eau, rentrent, sans difficulté, dans les termes de l'article 386. Mais en est-il de même de ceux qui, sans être des voituriers ou bateliers de profession, se livrent accidentellement au transport? On ne peut en douter, car ces derniers font, par occasion, ce que les premiers font par profession. Toutefois, celui qui, par complaisance et sans rétribution, se charge de transporter des effets appartenant à un voisin, à un ami, rend un service, mais ne fait pas un acte qui puisse particulièrement engager sa responsabilité pénale.

[32] Comp. Chauveau et Hélie, t. V, n° 2005.

[33] « Quand les effets, dit Jousse (*op. cit.*, t. IV, p. 190), ont été volés par le messager lui-même ou par quelqu'un de ses commis ou préposés, l'action peut être poursuivie criminellement contre l'auteur du vol ou ses complices et ils doivent être punis non de la peine du vol simple, mais d'une autre peine plus grave, comme des galères à temps. »

[illegible] 1825, relative [illegible]
[illegible], a déclar[illegible]
[illegible] de tout [illegible]
[illegible]ons, subr[illegible]
[illegible] a été mo[illegible]
[illegible] la marine mar[illegible]
[illegible] a bord de t[illegible]
[illegible] ou passagers, [illegible]
[illegible], prononcée [illegible]
[illegible] mousses, qua[illegible]
[illegible], ou quand le vol a [illegible]

[illegible] c'est que l'objet [illegible]
[illegible] voiturier ou bateliers. [illegible]
[illegible] de la réclusion ne sa[illegible]
[illegible] prepose à la surveil[illegible]
[illegible] agent, eût-il même la [illegible]
[illegible] être specialement incrim[illegible]
[illegible] ne lui etait pas accordée, [illegible]
[illegible] pratique à l'occasion de détourne-
[illegible] employés ou préposés des [illegible]

[illegible] eu, que la chose volée
[illegible] bien d'un véritable [illegible]
[illegible] transport, puisque les [illegible]
[illegible] sont déclarés [illegible]
[illegible] *vaissement*. On voit, [illegible]
[illegible] une sorte de fiction, [illegible]
[illegible], en realité, un *abus de con-*
[illegible], que si un voiturier prof[illegible]
[illegible] ce qu'un objet a été [illegible]
[illegible] veut éviter les frais [illegible]
[illegible] que d'un vol simple et [illegible]

[illegible] par des voituriers, [illegible]
[illegible] circonstances distinctes
[illegible], s'ils ont eu lieu la nuit.

s'ils ont été commis par plusieurs personnes, sur un chemin public? La question n'est pas susceptible d'une réponse absolue, et il faut, croyons-nous, faire une distinction. Si le propriétaire de la marchandise n'accompagne pas les voitures, les circonstances intrinsèques, au milieu desquelles ou à l'aide desquelles le vol se consomme, ne sauraient en changer le caractère, parce qu'elles n'en modifient pas la criminalité. Ainsi, bien que le vol ait été exécuté la nuit, sur un chemin public, à plusieurs, il ne change pas de nature, puisque ces circonstances ne compromettent pas davantage la sécurité des personnes que si le vol avait été perpétré le jour, par le voiturier seul, dans une auberge où il faisait reposer ses chevaux [34]. Mais si la sûreté du voyageur qui accompagne sa marchandise pouvait être compromise par ces circonstances, autrement aggravantes que celles résultant de la qualité de voiturier, nous ne comprendrions pas comment la culpabilité de celui-ci n'en serait pas atteinte[35]? Le vol changerait alors de nature et la qualité de l'agent s'absorberait, pour ainsi dire, dans les circonstances plus graves au milieu desquelles le vol aurait été perpétré.

2156. A côté de l'aggravation du vol en raison des rapports de confiance existant entre le voleur et sa victime, il eût été sage d'édicter une pénalité plus grave que la peine ordinaire contre ceux qui profitent, pour commettre la soustraction, de la facilité qui résulte de désastres, de calamités, de commotions publiques ou d'un malheur particulier advenu à la victime du vol. Dans ce cas, en effet, il s'agit de choses confiées, en quelque sorte, à la foi publique[36], et dont la soustraction s'aggrave, soit à raison de la facilité fournie par ces circonstances aux instincts de pillage, soit à raison de la violation de ce devoir général de secours qui est imposé par la solidarité humaine.

[34] Cass., 18 mai 1843 (S. 43. 1. 735).

[35] *Sic*, Blanche, t. V, n° 586.

[36] On trouve une disposition de ce genre dans le Code pénal italien, art. 404, § 2. Le Code danois range également, au rang des vols qualifiés, les vols commis au préjudice des naufragés, pendant des incendies, des sinistres.

L'article 15 de [illegible] circonstances aggravan-
la navigation et [illegible] du vol pourront être
§ 4. applicable [illegible]
ment de mer [illegible] domestique ou comme le
de l'équi[illegible]
93 du de[illegible] envers une personne qu'il
terme[illegible] se trouvait dans la maison de
les [illegible] accompagnait ?
de [illegible] soustraction dans la maison, ou l'atelier,
[illegible] était l'ouvrier, ou le compagnon.

[illegible] de soustraction dans l'habitation [illegible]
[illegible]
[illegible] au moment du vol, confiés au sus-
[illegible] ou l'atelier, etc., à raison de ce titre ?
[illegible] au moment du vol, confiés au sus-
[illegible] ou l'atelier, etc., à raison de ce titre ?

[illegible] — DES VOLS AGGRAVÉS PAR LE TEMPS PENDANT LEQUEL ILS S'ACCOMPLISSENT

[illegible]

[illegible] — 2159. [illegible]
[illegible] — 2160 [illegible]

2158. [illegible]

commotion ou de calamité (*furtum calamitosum*)[1]. Cependant, une seule de ces situations, la première, a préoccupé la loi française. Mais le Code pénal italien considère comme une circonstante aggravante dans les délits contre la sécurité publique (art. 328), cette circonstance que le fait a été commis « dans un temps de commun péril, de calamités ou de commotions publiques. » Ce même Code considère comme un vol qualifié (art. 404, n° 9), la soustraction commise en profitant « de la facilité qui résulte de désastres, de calamités, de commotions publiques ou d'un malheur particulier advenu à la victime du vol. » Et, pour le vol, cette situation est également prévue par les Codes hollandais (§ 311), hongrois (§ 336), autrichien (§ 146), etc.

2159. Ce fait seul que le vol a été commis la nuit, isolé de tout autre, ne constitue pas, du reste, dans notre droit, une cause d'aggravation du délit : le vol simple ne change pas de qualification, en effet, par cela seul qu'il a été commis la nuit. Mais s'il se joint à la perpétration du vol pendant la nuit quelqu'autre circonstance qui apporte, soit à la sécurité des propriétés ou des personnes une cause de péril, soit à l'agent un moyen plus facile d'exécution, il y a, dans le concours de ces circonstances, une cause d'aggravation légale du vol. *a*) Ainsi, le vol de récoltes commis la nuit est passible de cinq ans d'emprisonnement (C. p., art. 388). *b*) S'il est commis dans une maison habitée, il est passible de la réclusion (C. p., art. 386). *c*) S'il est accompagné de violences, de port d'armes ou exécuté par plusieurs personnes, il est passible des travaux forcés à temps (C. p., art. 385). *d*) Enfin le vol est punissable des travaux forcés à perpétuité si, en outre de ces trois circonstances, il est commis avec effraction ou escalade dans une maison habitée (C. p., art. 384).

2160. Le motif pour aggraver le vol commis la nuit, c'est, tout à la fois, la plus grande facilité que procure cette circonstance dans l'attaque du droit d'autrui, et la moindre facilité qui est donnée pour le défendre[2]. C'est en partant de ce point

§ CXXXVII. [1] Voy. ALIMENA, *I limite e i modificatori dell' imputabilita*, t. III, p. 704.

La question est complétement examinée par ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, t. I, nos 844 à 851. Voy. également : BLANCHE, t. V, n° 509.

[illegible] qu'on entend par un vol com-
[illegible] se sont divisés dans la recherche
[illegible] : soutenu que l'on doit considérer
[illegible] pendant lequel règnent les téné-
[illegible] noir. Pour d'autres, la nuit commence
[illegible] crépuscule du soir; elle finit à l'instant
[illegible] crépuscule du matin. Quelques-uns se réfè-
[illegible] où le vol est commis, et font coïncider
[illegible] avec la période durant laquelle les gens ont
[illegible] leurs maisons pour le repos du soir, et de
[illegible] travail du matin. Les lois pénales, à la diffé-
[illegible] procédure, n'ont pas cherché à définir le délai
[illegible]. Elles abandonnent la détermination de cette
[illegible] physique, à l'appréciation souveraine des
[illegible] ces conditions, il est plus sage de faire coïn-
[illegible] égale avec la nuit astronomique : le vol com-
[illegible] intervalle de temps qui s'écoule entre le coucher et
[illegible] soleil sera commis la nuit[4]. S'il avait été commencé
[illegible] pendant cette période, il faudrait s'attacher,
[illegible] le *tempus delicti*, au moment où se place l'exé-
[illegible] tentative ou la consommation du délit. Mais, quel-
[illegible] l'on suive sur la détermination exacte de la pé-
[illegible] comprise dans la nuit, il faut reconnaître, en
[illegible] définition légale, qu'il appartient, aux juges du
[illegible] souverainement, d'après l'instruction et les di-
[illegible] preuve suffisante que le vol a été commis
[illegible], et que leur appréciation, sur ce point, échappe
[illegible] de la Cour de cassation[5]. On doit, en effet, consi-
[illegible] comme une *inconstance de fait*, que
[illegible] doivent apprécier d'après les éléments di-

[illegible] les références citées par ALIMENA, *op. cit.*, t. III, [illegible]

[illegible] *Programma, parte speciale*, t. IV, p. 334 en [illegible].

[illegible] décembre 1873 (*B. cr.*, n° 310). Comp. Cass., 2 [illegible]
[illegible] 30 mars 1863 (S. 64. 1. 154).

§ CXXXVIII. — DES VOLS AGGRAVÉS A RAISON DES LIEUX DANS LESQUELS ILS S'ACCOMPLISSENT.

(C. p., art. 390, 391 ; art. 381, § 1 : art. 383).

2161. Le lieu où le vol a été commis peut être un élément à considérer pour établir la gravité du délit. — **2162.** Vol commis dans une maison habitée ou servant à l'habitation. — **2163.** Ce qu'on doit entendre par maison habitée. — **2164.** Dépendances d'une maison habitée. — **2165.** Parcs et enclos. — **2166.** Du vol commis dans les églises ou dans les édifices légalement consacrés aux cultes reconnus par l'Etat. — **2167.** Vol commis sur les chemins publics. — **2168.** Code pénal de 1810. — **2169.** Cette circonstance est aggravante par elle-même. — **2170.** Ce qu'il faut entendre par chemin public. — **2171.** Rivières. Canaux. Voies ferrées. — **2172.** Pénalité. — **2173.** Circonstances aggravantes. — **2174.** Question au jury.

2161. La loi pénale s'occupe du « lieu du délit » à l'un des trois points de vue suivants : tantôt à raison de ce que le lieu est public ou exposé au regard du public ; tantôt à raison de ce qu'il est solitaire ; tantôt enfin en raison de ce qu'il mérite ou appelle une protection particulière.

C'est à ce dernier point de vue que se place la législation du vol.

Le *lieu* où le vol a été commis est un élément qu'il importe de considérer dans un certain nombre de cas. Nous avons vu, d'abord, que les vols commis *dans les champs* faisaient l'objet de prévisions spéciales, aujourd'hui plus douces que les prévisions ordinaires. A l'inverse, les vols commis *dans les maisons habitées ou servant à l'habitation, dans les édifices consacrés aux cultes légalement établis en France,* les vols commis *sur les chemins publics* sont plus sévèrement punis que les vols simples.

2162. La circonstance que le vol est commis *dans une maison habitée* ou *servant à l'habitation*, n'est point, par elle seule, une circonstance aggravante du vol ; elle n'a ce caractère que si elle se joint à d'autres circonstances extérieures qui en complètent et en précisent la criminalité. C'est ainsi que, dans l'article 381, § 1, elle forme un des éléments du vol commis avec escalade, effraction, par l'emploi de fausses clefs, du vol commis la nuit, à plusieurs.

de vue, qu'il faut déterminer ce qu'on [illegible]. ne définit pas la
mis la nuit. Les criminalistes se son[illegible]. au point de vue de
du critérium[2]. Les uns ont souter[illegible] être habités, sont
comme *nuit* l'espace de temps pen[illegible] ce ces bâtiments.
bres, pendant lequel il fait noir. P[illegible] qui sert actuellement a
à l'instant où expire le crépusc[illegible] d'un *pur fait*. Il importe
où commence le crépuscule [illegible] soit, par sa destination
rent à l'usage du lieu où le v[illegible] il suffit qu'une personne
la période nocturne avec la p[illegible] maison habitée[3]. Il importe
coutume de fermer leurs m[illegible] ou non habité par le voleur.
les ouvrir pour le travail d[illegible] personne volée: il suffit qu'il
rence des lois de procédur[illegible] également qu'il s'agisse d'une
normal de la nuit. Elles a[illegible], d'une cabane, d'une loge.
circonstance, d'ordre pl[illegible] actère de maison habitée, c'est
tribunaux. Dans ces c[illegible] individus, et de servir *effective-*
cider la nuit légale a[illegible] le vol est commis. A l'inverse.
mis dans l'intervalle [illegible]
le lever du soleil s[illegible] réputée *maison habitée*, tout bâtiment.
avant et achevé p[illegible] qui, sans être actuellement habité,
pour déterminer le [illegible] qui en dépend, comme cours, basses-
cution de la tenta[illegible] y sont enfermés, quel qu'en soit l'usage
qu'opinion qu[illegible] particulière dans la clôture ou [illegible]
riode de tem[illegible]
l'absence d'[illegible] par un chemin de la maison habitée.
fond, de d[illegible] la personne chargée de surveiller
bats, s'il y [illegible] couchée la nuit où le vol a été commis, est
pendant l[illegible] 1812, cité par BLANCHE, t. VI, n 3;
à la cen[illegible] 201[illegible]. Voy. également: Cass., 22 mars 1887
dérer [illegible] la maison habitée par l'auteur du vol et
juges [illegible] ou habituelle à la victime du vol ou
proc[illegible] eu pour but de protéger, d'une manière
[illegible] le lieu destiné à la demeure des citoyens. »
[illegible] 50, 1, 232[illegible]. Comp. Cass., 24 juin 1813 (S. *Coll.*
[illegible], t. V, n[illegible] 553 et 554, ainsi que les arrêts
à [illegible]
[illegible] serv[illegible] de logement ou d'habitation sont, en
[illegible] bâtiment[illegible], dont se sert l'article 390.
18[illegible] par BLANCHE, t. VI, n° 4; Chambéry, 27 juin
[illegible] et HELIE, t. V, n[illegible] 1818 et 1819.

[illegible] considérer comme maison habitée, ni les lieux où se [illegible] rassemblements d'hommes, comme les théâtres, [illegible]nions, les cafés, les bourses de commerce[6], [illegible] voitures[7], simplement destinés au transport et ne servant pas de logement à une ou plusieurs [illegible]es locaux, en effet, ne sont pas, à vrai dire, habi- sont pas utilisés comme *demeure*, par les citoyens, [illegible] de l'article 390 est de protéger l'*habitation*, c'est-à- [illegible] lieu où l'on s'isole, où l'on se retire, où l'on se repose, en mot le *home* de chacun de nous.

Dans la question posée au jury, il sera donc sage d'éviter toute désignation, en fait, du lieu où s'est commis le vol, désignation qui ne préciserait pas suffisamment le caractère actuel d'habitation ; il faudra simplement demander, par l'emploi même des termes de la loi, si le vol a eu lieu dans une maison habitée[8]. Car tout lieu servant à l'habitation, même accidentelle

[6] Ces différents locaux ne sont, en effet, une habitation pour aucun de ceux qui ne les fréquentent qu'accidentellement. Mais si ces bâtiments étaient habités par un gardien ou servaient de dépendances à une maison habitée, ils rentreraient dans les termes de l'article 390. *Sic*, Blanche, t. VI, n° 6 ; Cass., 22 mars 1889 (D. 89. 1. 388) et la note. Le Code pénal de 1791 (art. 15, sect. 2, tit. 2), punissait les vols dans les édifices publics, salles de spectacle et boutiques, de la peine criminelle de quatre années de fer.

[7] « Une voiture publique n'est ni un bâtiment, ni un logement, ni une loge ou cabane... ; le but de l'article 380 est de protéger l'habitation, c'est-à-dire le lieu destiné à la demeure des citoyens et il n'y a aucune assimilation légale entre un tel lieu et une diligence. » Cass., 7 septembre 1827 (*B. cr.*, n° 235). Les vols commis dans les voitures publiques, par les personnes qui y occupent une place, avaient été spécialement prévus et punis comme crimes par l'article 21 de la 2e section du titre 2 du Code pénal du 6 octobre 1791. Aujourd'hui, s'ils ne sont accompagnés d'aucune circonstance aggravante, ils rentrent dans les conditions générales de l'article 401.

[8] La Cour de cassation a cependant considéré certains lieux comme devant être nécessairement habités et a toléré que l'on demandât au juge si le vol avait été commis dans un de ces lieux (V. par exemple : Cass., 15 avril 1825, S. *Coll. nouv.*, t. VIII, 1. 104 ; 15 juin 1876, *B. cr.*, n° 133). Mais l'emploi de cette méthode, dans la position des questions, est dangereux, car le rédacteur de la question peut penser que le lieu est, de sa nature, un lieu habité, et la Cour de cassation peut être d'une autre opinion. Voir par

des hommes, à des époques déterminées ou indéterminées, pour quelque cause que ce soit, a ce caractère légal.

2164. L'article 390 assimile à la maison habitée *toutes ses dépendances*, comme cours, basses-cours, granges, écuries et édifices qui y sont enfermés, quand même ils auraient une clôture particulière dans la clôture ou enceinte générale. Bien que cette énumération des locaux et emplacements assimilés à une maison habitée, ne soit pas *limitative* mais simplement *énonciative*[9], un double caractère doit toujours se rencontrer pour qu'on puisse appliquer l'article 390. Il faut : 1° que le local fasse partie de l'habitation; 2° et qu'il soit enfermé dans la même clôture. En effet, un local peut être le complément d'une maison habitée, sans être compris dans l'enceinte même de la clôture, comme serait une cave, un cuvage, une écurie, dépendant mais séparé d'une habitation. Et, d'un autre côté, un local, même attenant à une habitation mais n'en dépendant pas, n'étant pas en corrélation avec cette habitation, ne saurait être, par cela seul que les deux bâtiments se touchent, assimilé à une maison habitée[10]. En tenant compte de cette double observation, on comprendra, dans la question posée au jury, les éléments d'où

exemple : Cass., 9 janvier 1824 (S. *coll. nouv.*, t. VII, n° 371). Il est donc préférable de procéder ainsi qu'il est indiqué au texte.

[9] « Les énonciations portées dans l'article 390, dit la Cour de cassation (28 juin 1812, S. *Coll. nouv.*, t. IV, 1. 126), pour déterminer ce qui doit être regardé comme dépendance d'une maison habitée, ne sont pas restrictives. Elles sont évidemment démonstratives; le mot *comme*, qui précède ces énonciations, en exclut nécessairement tout sens limitatif. » Comp. Cass., 10 septembre 1841 (*B. cr.*, n° 276).

[10] Ainsi, on doit considérer comme dépendance d'une maison habitée : 1° la cave qui fait partie de l'habitation : un vol commis dans une cave que le juge a déclaré faire partie de la maison d'habitation subit donc l'aggravation due à cette circonstance; 2° la couverture et la toiture de la maison : ainsi serait assimilé au vol commis dans une maison habitée le vol de plomb commis à la toiture de la maison habitée. Cass., 10 septembre 1841 (*B. cr.*, n° 276); 3° la forge faisant partie de l'habitation : Cass., 16 janvier 1830 (S. 31. 1. 341); 4° les jardins attenants à une maison habitée lorsqu'ils sont entourés d'une clôture. Les arrêts sur ce dernier point sont nombreux. V. Cass., 18 juin 1812 (S. *coll. nouv.*, t. IV, 1. 126; 20 janvier 1826 (*B. cr.*, n° 14) ; 13 mai 1832 (S. 32. 1. 330).

résulte, à n'en pas douter le caractère même de l'aggravation.

2165. Les vols commis dans les *parcs* et *enclos* sont, comme les vols commis dans une maison habitée, passibles d'une aggravation de peine, lorsqu'ils réunissent une autre circonstance, par exemple l'escalade ou l'effraction. La loi, dans l'article 381, répute *parc* ou *enclos*, « tout terrain environné de fossés, de pieux, de claies, de planches, de haies vives ou sèches, ou de murs de quelque espèce de matériaux que ce soit, quelles que soient la hauteur, la profondeur, la vétusté, la dégradation de ces diverses clôtures, quand il n'y aurait pas de portes fermant à clef ou autrement, ou quand la porte serait à claire-voie et ouverte habituellement. » Il résulte de cette définition que les mots *parcs* et *enclos* ne s'appliquent qu'à des terrains clos [11], mais qu'on ne doit tenir compte ni de la nature des moyens de clôture, ni de leur dégradation ou de leur vétusté [12]. S'ils sont attenants à une maison habitée et s'ils en dépendent, ils sont considérés comme une dépendance de cette maison. L'article 392 décide, dans sa première partie, que les *parcs mobiles*, destinés à contenir du bétail dans la campagne, de quelque matière qu'ils soient faits, sont aussi réputés enclos; et, dans sa seconde, que « lorsqu'ils tiennent aux cabanes mobiles ou autres abris destinés aux gardiens, ils sont réputés dépendants de maison habitée ». Cette double disposition est la conséquence de l'article 390, qui répute maison habitée « toute cabane, même mobile », destinée à l'habitation. De sorte que, si les parcs et enclos ont simplement le caractère d'enclos quand ils ne tiennent pas directement et immédiatement à la cabane du gardien et ne sont pas ainsi placés sous sa surveillance directe [13],

[11] Par conséquent, une île n'est pas un terrain clos dans le sens de l'article 391. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, à l'occasion d'un fait de chasse : 12 février 1830 (S. *Coll. nouv.*, t. IX, 1. 451).

[12] Ainsi, le terrain ne perdrait pas le caractère de parc ou d'enclos, parce que la haie aurait quelques trouées. *Sic*, Blanche, t. VI, n° 15.

[13] Voy. cependant Blanche, t. VI, n° 18. D'après cet auteur, si le parc mobile, bien que non attenant à la cabane, en est cependant assez rapproché « pour que le bétail soit, pour ainsi dire, placé sous la main ou sous l'œil du surveillant », le parc est une dépendance de maison habitée. Mais ce système étend la portée de l'article 392.

ils ont le caractère de dépendances de maison habitée, lorsqu'ils font partie de la cabane et que le vol qui y est exécuté compromet la sûreté et la sécurité du gardien.

2166. Le Code pénal ne s'était pas occupé des vols commis dans les églises ou autres édifices consacrés au culte ; ces faits constituaient donc des *vols simples*. La jurisprudence, il est vrai, pour combler une lacune, peut-être regrettable, avait décidé que les églises devaient être considérées comme des *maisons habitées*. Cette interprétation fut légalement consacrée par l'article 7 de la loi sur le sacrilège du 25 avril 1825. La loi de revision du 28 avril 1832 l'a maintenue, en ajoutant au § 1 de l'article 386, qui punit de la réclusion des vols commis de nuit ou par plusieurs personnes dans une maison habitée, ces mots : « ou dans les édifices consacrés aux cultes légalement établis en France. » La portée de cette disposition est donc d'assimiler ces *édifices* aux *maisons habitées* : il en résulte que les mêmes règles s'y appliquent. Le fait que le vol a été commis dans un édifice consacré au culte n'est donc aggravant de la pénalité légale que s'il s'y joint les circonstances de la nuit ou de la corréité. Mais, cette observation faite, ce que l'on doit considérer, c'est exclusivement le *lieu* du délit : que le vol ait été commis par une personne attachée ou non au service de l'édifice ; qu'il ait été commis au préjudice de l'église ou des personnes qui la fréquentent, cela importe peu, car la loi n'exige, pour aggraver la culpabilité de l'agent, outre les circonstances de nuit ou de corréité, qu'une seule condition, que le vol ait été commis dans un édifice consacré au culte [14]. Cette qualification appartient aux édifices *publiquement* affectés au service d'un des cultes reconnus par l'État, et à leurs dépendances nécessaires, qui ont, avec ces édifices, une communication inté-

[14] Le vol n'est donc pas qualifié par la *qualité* des choses volées, mais par le lieu où il est perpétré. Il ne s'agit donc pas de punir plus sévèrement le vol de choses consacrées au culte, l'antique *sacrilège*. Un certain nombre de Codes modernes aggravent tout à la fois le vol commis dans les lieux consacrés au culte et le vol commis sur des choses consacrées au culte. Ainsi le Code pénal allemand, § 243, n° 1. Mais voy. ORTOLAN, *op. cit.*, t. I, n° 863.

rieure [15]; mais, d'une part, les chapelles particulières, qui servent à l'exercice d'un culte, même reconnu, d'autre part, les réunions même publiques, des cultes non reconnus, n'y rentreraient pas.

2167. De tous temps, la loi a dû pourvoir à la sûreté des voyageurs et à la sécurité des transports circulant sur des chemins publics, isolés des groupes d'habitation. Les *grassatores*, nom que portaient les voleurs de grand chemin, dans la langue latine, étaient punis, par la loi romaine, de la peine des mines ou de celle de la relégation; et, s'ils avaient fait usage de leurs armes, ou s'ils faisaient métier de ce genre de vols, ils étaient même punis de mort [16]. La raison de cette sévérité spéciale était exactement donnée par les textes : *Publice enim utile et sine metu et periculo per itinera commeari*. C'est, en effet, pour que la circulation des voyageurs et des marchandises puisse avoir lieu sans crainte et sans danger, que le vol commis sur des chemins publics est plus rigoureusement réprimé. Aussi, notre ancien droit, continuant ces traditions, frappait, tous les voleurs de grand chemin, de l'atroce supplice de la roue. Mais la jurisprudence, plus douce que l'édit de janvier 1534, limitait l'application de ce châtiment au cas où les vols sur les grands chemins avaient été accompagnés de meurtre ou de blessures [17]. Le Code pénal de 1791 [18] n'incriminait spécialement cette forme de soustraction que lorsqu'elle avait lieu *à force ouverte* et par *violence envers les personnes :* la peine ordinaire était de quatorze années de fer; et elle était augmentée de quatre années, si le vol avait été commis soit la nuit, soit par plusieurs personnes, soit avec des armes. Cette législation faisait, avec raison, de la circonstance de chemin public un élément d'aggravation d'une espèce particulière de vol, le *vol avec violence* [19].

[15] Ainsi les sacristies des églises.

[16] L. 28, §§ 10 et 15, D. *De pœnis*.

[17] Voy. notamment : Jousse, *op. cit.*, t. IV, p. 215 ; Muyart de Vouglans, *Lois crim.*, p. 304 ; Serpillon, *Code crim.*, t. I, p. 189.

[18] Code pénal de 1791, 2e part., tit. II, sect. II, art. 1, 2, 4 et 5.

[19] L'article 8 de la loi du 18 pluviôse an IX attribua la connaissance des vols commis de complicité sur les grandes routes à des tribunaux spéciaux.

[illegible] Code pénal de 1810. L'an-
[illegible] projet sur les observations du
[illegible] tement de la peine des tra-
[illegible] commis sur les chemins pu-
[illegible] ne ne se justifiait que parce que
[illegible] ordinairement accompagnés de
[illegible] ment exigée par le Code pénal de
[illegible] l'entendaient les travaux prépara-
[illegible] tre l'esprit de la loi qui restreignait
[illegible] pagnés de violences, et sa lettre qui
[illegible], à tous les vols commis sur un che-
[illegible] lence hésita quelque temps, mais elle
[illegible] mme générale et absolue la disposition
[illegible] appliquer à tous les vols commis sur des
[illegible] me sans l'emploi de la violence [22]. La con-
[illegible] interprétation rigoureuse fut d'appeler une
[illegible] le pénal. L'article 7 de la loi du 26 juin 1824
[illegible] 383 en ces termes: « La peine prononcée par
[illegible] Code pénal contre les coupables de vols ou ten-
[illegible] sur un chemin public, quand ces vols auront été
[illegible] menaces, sans armes apparentes ou cachées, sans

[illegible] section du projet de loi ne présente aucune disposi[illegible]
[illegible] sur les chemins publics. Il est vrai qu'il paraît implic[illegible]
[illegible] l'article 385, et principalement au n° 2 de l'article 386;
[illegible] nominativement désigné. Cette désignation semble ne[illegible]
[illegible] le vol sur les chemins publics, de tout temps, a été frap[illegible]
[illegible] avec; en le rangeant dans la classe de l'article 386, il n'[illegible]
[illegible] de la réclusion, qui serait bien faible pour le coupable e[illegible]
[illegible] pour l'exemple. »

[illegible] des vols commis dans les chemins publics, bien dans l'[illegible]
[illegible] ces sortes de crimes, qui portent toujours un caractère d[illegible]
[illegible] qui menacent la sûreté individuelle, seront punis de la peine [illegible]
[illegible] à perpétuité. » Et dans le rapport au Corps législatif [illegible]
[illegible] est d'autant plus grand qu'il est plus facile, et qu'il troubl[illegible]
[illegible] du voyageur dans les lieux mêmes [illegible] semblent devo[illegible]
[illegible] plus spécialement. »

[illegible] pour les évolutions de la jurisprudence antérieure à la loi de 1824 [illegible]
[illegible] qui n'ont plus qu'un intérêt rétrospectif: BLANCHE, t. V, n° 524 [illegible]
[illegible] VEAU et HÉLIE, t. V, n° 2068.

violences et sans aucune des autres circonstances aggravantes prévues par l'article 381 du Code pénal, pourra être réduite, soit à celle des travaux forcés à temps, soit à celle de la réclusion. » L'article 12 de la même loi privait du bénéfice de cette disposition les mendiants, les vagabonds et les individus déjà frappés de condamnation. Ainsi, on ne s'était occupé, en 1824, que du cas où le vol est commis sur un chemin public, sans aucune des circonstances aggravantes prévues par l'article 381, cas dans lequel on donnait au juge la faculté de prononcer la peine de la réclusion ou celle des travaux forcés à temps, à son choix. La loi du 28 avril 1832 a modifié l'article 383, et voici la formule dernière de cette disposition : « Les vols commis sur des chemins publics emporteront la peine des travaux forcés à perpétuité, lorsqu'ils auront été commis avec deux des circonstances prévues par l'article 381. Ils emporteront la peine des travaux forcés à temps lorsqu'ils auront été commis avec une seule de ces circonstances. Dans les autres cas, la peine sera celle de la réclusion. » Trois cas sont donc aujourd'hui prévus : le vol commis sur un chemin public, sans aucune des circonstances visées par l'article 381 ; le vol commis avec une seule de ces circonstances, c'est-à-dire soit la nuit, soit à plusieurs, soit avec armes, soit avec effraction ou escalade, soit avec violence ; enfin le vol avec plusieurs de ces circonstances, deux au moins. Nous allons reprendre ces trois situations.

2169. Le vol commis sur un *chemin public* est, aujourd'hui, puni de la réclusion, indépendamment de toute violence. L'aggravation du vol, ainsi due à une simple circonstance de *lieu*, est motivée, soit par la nécessité de protéger la liberté de la circulation sur les chemins publics, soit par la facilité plus grande que fournit au voleur, pour commettre la soustraction, l'isolement où se trouvent les voyageurs, soit enfin par cette présomption que si l'agent n'a pas employé la violence, il était tout disposé à en faire usage.

2170. Mais la loi n'a point défini ce qu'on doit entendre par *chemins publics*. Deux opinions ont été suivies pour déterminer les limites de cette qualification. Les chemins publics, d'après la première, seraient tous les chemins appartenant à l'État, aux

2168. Tel [illegible] cien article 38 [illegible] Corps législ[illegible] vaux forc[illegible] blics. Un[illegible] les vols [illegible] violen[illegible] 1791. [illegible] toire [illegible] cett[illegible] l'[illegible]

[illegible] *ment* destinés [illegible] de ces [illegible] chemins vicinaux [illegible] [illegible]e[23] ; mais il [illegible] aquelle le vol est [illegible] [illegible]e et dépende ainsi [illegible] [illegible]ments, des comm[illegible] [illegible] plus exacte, le carac[illegible] [illegible]irait d'un fait pur et sim[illegible] [illegible] les chemins livrés à l'usa[illegible] [illegible], soit qu'ils appartiennent [illegible] [illegible]munes, soit même qu'ils [illegible] [illegible]s privé [illegible]. Mais le but de l'ar[illegible] [illegible]us efficacement les personnes [illegible] [illegible]ge met dans l'isolement, [illegible] [illegible]e aggravante, toutes les fois qu[illegible] [illegible] des chemins publics qui sont [illegible] [illegible]ticulièrement sur celles qui tra[illegible] [illegible]ages, faubourgs [26]. Cette restric[illegible] [illegible] faite par la législation antérieure [illegible].

[illegible] 12 [illegible] [illegible] les *grands chemins*. [illegible] [illegible] dans [illegible] [illegible] la même expres[illegible] [illegible] compréhensif, et l'arti[illegible] [illegible]

[illegible] 2073.

[illegible] [illegible] 16 [illegible] 1875 [illegible] 2.1.2

[illegible] commis sur [illegible] [illegible]*itation*, [illegible] rentre pas da[illegible] [illegible] V, n° 2074, p. 243 [illegible] [illegible] pas partie [illegible] [illegible] cas.

[illegible] Sans que les [illegible]

doit être suppléée dans l'article 383. Les motifs, qui expliquent la sévérité de la loi dans les parties désertes d'une route, cessent, en effet, d'exister, dès que cette route traverse une ville, un village, un bourg [28].

2171. La qualification de chemins publics n'appartient pas à deux portions du domaine public, qui servent, cependant, de voies de transport : je veux parler des *rivières* et des *canaux*, d'une part, et des *voies ferrées*, de l'autre.

a) Pour les rivières et les canaux, il y a deux motifs pour ne pas les comprendre parmi les lieux sur lesquels s'étend la protection spéciale de l'article 383. D'abord, ils ne se trouvent ni de près ni de loin visés par la disposition qui nous occupe : littéralement, on ne peut les qualifier de chemins publics. Puis, par leur nature même, ils sont peu accessibles aux détrousseurs de grandes routes, et peu dangereux pour ceux qui les fréquentent[29].

des villes et faubourgs puissent être censées comprises, à cet égard sous le nom de grands chemins. » Cette disposition avait été reproduite par l'article 12 de la loi du 20 décembre 1815, qui attribuait aux cours prévôtales la connaissance des assassinats et des vols commis avec violence sur les grands chemins.

[28] Jurisprudence constante : Cass., 6 avril 1815 (S. *Coll. nouv.*, t. V, 1. 37); 7 avril 1865 (S. 65. 1. 365 ; 24 juin 1880 (S. 80. 1. 487). « Attendu, porte ce dernier arrêt, qu'on doit entendre par chemins publics, au sens de l'article 383 du Code pénal, les voies de communications, destinées à un usage public, entretenues par l'Etat, les départements ou les communes, sans toutefois que les rues, places et promenades publiques intérieures des villes, puissent être comprises sous cette dénomination ; attendu que, dans l'intérieur des villes, même quand les voies sont le prolongement d'un chemin public, les personnes qui fréquentent ces voies sont placées sous la protection des habitants qui y circulent, et bénéficient de la vigilance des autorités et de la police ; que, dès lors, les vols commis dans les rues et sur les places ou promenades publiques intérieures d'une ville ne sont soumis qu'aux règles pénales établies contre les vols perpétrés ailleurs que sur les chemins publics. »

[29] *Sic*, Cass., 6 mars 1844 (S 46. 1. 426); 18 mars 1876 (*B. cr.*, n° 39). D'après cet arrêt, l'article 383 du Code pénal, qui réprime les vols sur les chemins publics par une aggravation dans la pénalité, ne peut recevoir d'application que dans les termes mêmes de la disposition de cet article, qui ne sauraient, dès lors, être étendus aux rivières et canaux. Un décret

b) Les voies ferrées ne servent pas aux piétons; le transport des voyageurs et des marchandises se fait en *voitures surveillées*, et si un vol est commis, ce n'est pas parce que l'objet volé se trouvait exposé sur un chemin qu'il a été enlevé. La circonstance de lieu est ici indifférente pour la qualification du délit[30].

2172. Sauf ces restrictions, les vols commis sur des chemins publics, indépendamment de toute autre circonstance, sont qualifiés *crimes* et punis de la *réclusion*. La disposition s'applique: 1° quelle que soit la nature de l'objet volé; 2° quelle qu'en soit la valeur ou la modicité[31]; 3° que le vol ait été commis par adresse ou supercherie, ou de toute autre manière[32]; 4° qu'il ait été commis sur la personne même d'un voyageur ou sur des objets transportés et hors la présence du propriétaire de ces objets[33].

Toutefois, ce qui est indispensable pour la criminalité de cette forme de soustraction, c'est que le vol ait été commis sur la personne même du voyageur ou sur des effets transportés par le chemin. Ainsi, l'article 383 ne s'applique pas : 1° au voiturier qui soustrait les objets qu'il est chargé de transporter[34];

du 26 mars 1880 ayant rendu cet article applicable en Cochinchine, mais sans le modifier, est, en conséquence, sujet à cassation l'arrêt par lequel la Cour criminelle de cette colonie, condamne, en vertu de cet article, un individu pour soustraction frauduleuse commise sur un arroyo, qui n'est autre qu'un canal ou une rivière.

[30] Cass., 19 juillet 1872 (S. 73. 1. 96). D'après cet arrêt, le vol sur un chemin de fer, au préjudice d'un voyageur, ne peut être considéré comme un vol sur un chemin public. Dans le même sens : Dijon, 29 avril 1859 (D. 59. 5. 414). Blanche (t. V, n° 533) : « Les vols commis sur les chemins de fer sont-ils punis par notre article? Je l'admettrais bien difficilement. D'abord, c'est une espèce de chemin à laquelle, assurément, le législateur de 1810 n'a pas songé; ensuite, ces voies ne sont pas habituellement comprises sous la dénomination de chemins publics. » Enfin, elles ne sont pas fréquentées comme le sont les chemins publics. — Voy. cependant : Cass., 9 avril 1846 (D. 46. 4. 545), et les observations de Blanche, *op.* et *loc. cit.*, à propos de cet arrêt.

[31] L'article 383 est, en effet, général et absolu dans ses dispositions.

[32] Cass., 29 mars 1828 (S. *Coll. nouv.*, t. IX, 1. 60).

[33] Cass., 17 août 1839 (S. 40. 1. 648); 15 octobre 1841 (*B. cr.*, n° 302).

[34] Il en serait de même si le vol avait été commis par une personne voya-

2° au vol de bestiaux laissés à l'abandon; 3° au vol de matériaux ou objets quelconques déposés ou trouvés sur un chemin public[35]; 4° au vol d'arbres plantés ou de fruits cueillis sur le chemin public. Dans ces divers cas, en effet, la circonstance de lieu étant indifférente pour la crimininalité du coupable, n'aggrave nullement la soustraction.

2173. Lorsque le vol est commis sur un chemin public, avec une seule des circonstances aggravantes prévues par l'article 381, ce vol est puni de travaux forcés à temps.

Ce n'est que lorsque plusieurs de ces circonstances l'accompagnent, deux au moins, que la peine des travaux forcés à perpétuité, qui était la peine prononcée par le Code pénal contre tout vol commis sur un chemin public, peut être appliquée [36].

2174. La question sera présentée au jury dans les termes suivants :

Ladite soustraction a-t-elle eu lieu sur un chemin public ?

§ CXXXIX. — DES VOLS AGGRAVÉS PAR LES MOYENS EMPLOYÉS.

(C. p., art. 381, §§ 2, 3 et 4 ; art. 383 et 384; art. 385, §§ 3 et 4; art. 386; art. 390 à 399).

2175. Les éléments d'aggravation du vol puisés dans les moyens employés comprennent soit les moyens matériels, soit les moyens moraux. — **2176**. Parmi les moyens matériels, l'effraction, l'escalade, l'usage de fausses clefs ont particulièrement appelé l'attention. Pourquoi ? — **2177**. De l'effraction. Division. — **2178**. Eléments de l'effraction. Fait de rompre, de fracturer un objet quelconque. Circonstance que cet objet avait pour destination soit de fermer, soit d'empêcher le passage. — **2179**. Effraction extérieure. Effraction intérieure. Que l'effraction soit extérieure ou intérieure, elle n'est un élément d'aggravation du vol que lorsqu'elle a lieu, soit dans une maison habitée ou servant à l'habitation et ses dépendances, soit dans des parcs ou enclos, et qu'elle est employée par l'agent comme moyen de commettre le vol. — **2180**. Du vol de

geant dans la voiture même. Dans ce cas, le vol ne constituerait qu'un délit. *Sic*, Cass., 7 septembre 1827 (S. *Coll. nouv.*, t. VIII, 1. 682).

[35] Voy. Blanche, t. V, n° 470.

[36] Il en résulte que le vol, commis sur un chemin public, avec deux des cinq circonstances énumérées par l'article 381, est puni de la même peine que s'il avait été commis avec les cinq circonstances réunies. Mais il faut reconnaître que, par la peine des travaux forcés à perpétuité, la répression du vol est épuisée.

l'adage : *aide-toi, la loi t'aidera.* Il importe, du reste, à la sécurité privée et à la tranquillité sociale, que, si faible que soit par elle-même une clôture, une sorte de respect tutélaire s'y attache, et que la loi pénale trouve, dans le fait qu'il a fallu la violer pour commettre le délit, une circonstance aggravante de la criminalité. C'est par ce motif que l'effraction, l'escalade l'emploi de fausses clefs ne sont prévus et incriminés que comme moyens d'introduction, pour commettre un vol, dans un *lieu clos*, soit une maison, un appartement, une cour, soit un jardin, un parc, un champ, du moment qu'il y avait clôture de toutes parts. Indépendamment de la violence ou de la fraude que contiennent ces modes d'introduction, ce qui domine en effet, dans leur criminalité, c'est la *violation de la clôture* [1].

2177. Le voleur, pour commettre la soustraction, a pu recourir à la *violence* dans le but de *briser* ou *rompre* ce que le propriétaire avait disposé pour garder sa chose : c'est ici le *but* qui fait la criminalité du *moyen*, car l'*effraction* d'un objet quelconque ne constitue aucun délit, lorsqu'elle n'est pas employée comme moyen de commettre un vol : elle ne donne ouverture qu'à une action en réparation dans les termes de l'article 1382 du Code civil. C'est donc à propos du vol, que le Code pénal devait définir l'*effraction*. Après avoir examiné

§§ CXXXIX. [1] Prins (*Science pénale et droit positif*, n° 491) fait observer qu'il arrive au législateur, dans son système de circonstances aggravantes, de considérer plutôt le caractère abstrait de ces circonstances que le caractère dangereux du délinquant. « Bornons-nous à signaler comme exemple, ajoute-t-il, que le malheureux qui, à la vue d'un pain sur le banc d'une cour de ferme clôturée, escalade la clôture et vole pour la première fois dans sa vie commet un vol qualifié, c'est-à-dire un crime puni de la réclusion. Il est pourtant moins redoutable et moins pervers que le voleur à la tire qui, lui, ne se rend coupable que de délits, mais exerce une véritable profession. » L'exemple donné est peut-être excessif. Jamais, en France, on ne poursuivra, devant la cour d'assises, un malheureux qui aura volé un pain dans les circonstances que l'on prévoit ; et, s'il était poursuivi en cour d'assises, il ne se trouverait pas un jury pour lui refuser les circonstances atténuantes, qui permettraient à la cour de lui accorder le bénéfice de la loi de sursis en le condamnant à l'emprisonnement. Mais cet exemple ne démontre pas que le législateur ait eu tort de considérer l'escalade et l'effraction comme des circonstances aggravantes du vol.

[illegible] circonstance, nous verrons dans quel cas [illegible] aggrave le délit.

[illegible] termes de l'article 393 : « Est qualifiée [illegible] forcement, rupture, dégradation, démolition, [illegible] de murs, toits, planchers, portes, fenêtres, serrures, [illegible] autres ustensiles ou instruments servant à fermer [illegible] le passage, et de toute espèce de clôture, quelle [illegible] ».

[illegible] deux éléments constituent l'effraction : 1° le fait de [illegible] de *fracturer* un objet quelconque; 2° cette circonstance que l'objet rompu, fracturé avait pour destination soit de [illegible] soit d'*empêcher le passage*.

1) Tout d'abord, il n'y a effraction que s'il n'y a forcement, [illegible], dégradation, etc., c'est-à-dire si l'agent se sert, pour [illegible], pour s'introduire, de moyens violents qui ne sont pas [illegible] qu'on emploie d'ordinaire[2]. La jurisprudence a vu une effraction : 1° dans l'enlèvement « des clous qui attachent la serrure d'un coffre, bien que cet enlèvement ait eu lieu sans aucune espèce de dégradation[3] »; 2° dans le bris d'un carreau de vitre[4]; 3° dans le forcement de la gâche et l'écartement du pêne d'une serrure[5]. La plus ou moins grande *solidité* de la clôture ne modifierait pas la circonstance d'effraction s'il y avait eu *rupture* ou *fracture*, *bris* ou *forcement*, suivant les locutions anciennes[6].

A l'inverse, il n'y aurait pas effraction, si le voleur s'était servi de la clef de la serrure pour ouvrir; si la porte n'était fermée qu'au verrou et qu'il eût simplement tiré le verrou : il n'y aurait pas effraction dans le fait de déplacer, en les soulevant et les faisant basculer, les traverses mobiles d'une ferme-

[1] Les procédés d'effraction doivent rentrer dans l'énumération des moyens violents énoncés par le texte, qui est forcément limitatif.

[2] Cass., 8 nivôse an XIV (*B. cr.*, n° 280).

[3] Cass., 20 avril 1827 (*B. cr.*, n° 91).

[4] Cass., 27 janvier 1831 (*B. cr.*, n° 16).

[5] Le C. p. italien parle, au contraire du forcement ou de la rupture d'obstacles quelconques « *établis avec des solides matériaux.* » Voy. ALIMENA, *op. cit.*, t. III, p. 778, sur le sens de ces expressions.

ture, etc. Dans tous ces cas et autres semblables, l'ouverture, s'opérant par le moyen ordinaire, il n'existe ni forcement, ni rupture, ni dégradation, ni démolition, ni enlèvement. Comme l'a dit fort exactement Merlin, dans le réquisitoire précédant l'arrêt du 18 juin 1812 : « Pour qu'il y ait enlèvement dans le sens de l'article, il ne suffit pas qu'il y ait déplacement ; il faut encore qu'au moyen du déplacement, *la porte se trouve ouverte d'une manière différente de celle dont elle s'ouvre volontairement au gré du propriétaire*[7]. » Il s'agissait, dans l'espèce, d'un agent qui n'avait fait que déplacer une traverse mobile retenant les deux battants d'une porte[8].

b) Le second caractère de l'effraction, c'est que la chose, rompue ou fracturée, ait été destinée, par ceux qui l'ont établie, soit à fermer soit à empêcher un passage. L'article 393 cite, à titre d'exemples de ces choses, les *murs*, *toits*, *planchers*, *portes*, *fenêtres*, *serrures*, *cadenas;* mais il ajoute : *ou autres instruments servant à fermer ou à empêcher le passage*, en un mot, toute espèce de clôture, quelle qu'elle soit. « L'effraction, telle qu'elle est définie par l'article 393, suppose, ainsi que s'exprime un arrêt de la Cour de cassation du 25 février 1813, la violation d'une clôture destinée à former un obstacle aux moyens que le voleur voudrait employer pour enlever l'objet enfermé », et la Cour en conclut qu'on ne pourrait considérer, comme formant un pareil obstacle, la terre dont on n'aurait couvert les objets volés que pour les soustraire à la vue ou les cacher.

2179. En résumé, l'acte matériel de l'effraction consiste dans

[7] *Rép. de jurisp.*, v° *Vol*, sect. 2, § 3, art. 4.

[8] « Attendu que l'enlèvement d'instruments servant à fermer ou à empêcher le passage d'une clôture ne peut, dans le sens de l'article 393, être qualifié d'effraction qu'autant que ledit enlèvement procure au voleur un moyen d'ouverture ou de passage différent de celui dont se sert la personne volée elle-même ; que, dans l'espèce, le moyen dont s'est servi le voleur ne présente, dans ces circonstances, d'autre enlèvement d'instrument de clôture que celui qui était habituellement employé par les personnes chargées de l'ouverture et de la fermeture du passage ; d'où il suit qu'il n'y avait pas d'effraction telle qu'elle est caractérisée par l'article 393. » Cass., 18 juin 1812 (S. *Coll. nouv.*, t. IV, 1. 127).

questions au jury, puisqu'elle est la base et la condition même de l'aggravation[9].

2° A l'égard de l'*effraction intérieure*, il en est évidemment de même. L'article 384 assimile, à cet égard, l'effraction intérieure à l'effraction extérieure. Cette disposition, en effet, après avoir déclaré que l'effraction extérieure peut être une circonstance aggravante, lorsqu'elle aura été commise, non seulement dans les lieux habités, mais dans les parcs et enclos non habités, ajoute : « et lors même que l'effraction n'aurait été qu'intérieure. » L'article 396 n'est pas moins formel ; car, après que l'article 395 a limité l'incrimination de l'effraction extérieure à celle qui est faite dans les lieux clos ou habités, l'article 395 ajoute que les effractions intérieures sont celles qui, *après l'introduction dans les lieux mentionnés en l'article précédent*, sont faites aux portes ou clôtures du dedans. L'effraction intérieure, alors même qu'elle ne consiste que dans l'enlèvement des caisses, boîtes, suivant les termes du deuxième paragraphe de l'article 396, suppose l'introduction préalable dans un lieu habité, dans une dépendance de ce lieu ou dans un enclos.

Il en résulte que l'effraction, soit extérieure, soit intérieure, n'aggrave le vol qu'elle accompagne qu'à cette condition. La Cour de cassation a posé cette règle en ces termes, dans un arrêt ancien, dont sa jurisprudence postérieure ne s'est jamais écartée : « Attendu que, d'après les articles 395 et 396, le fait de l'effraction ne peut former une circonstance aggravante d'un vol que lorsque, ayant été extérieure, on a pu s'introduire, à l'aide de cette effraction, dans des maisons, cours, basses-cours, enclos ou dépendances, ou dans les appartements ou logements particuliers, ou lorsque, ayant été intérieure, elle a été faite, après l'introduction dans les lieux qui viennent d'être mentionnés, aux portes ou clôtures du dedans, ainsi qu'aux armoires ou au-

[9] Mais il n'y aurait pas contradiction entre la réponse affirmative du jury à la question d'effraction extérieure et sa réponse négative à la question de maison habitée, « attendu que la circonstance aggravante d'effraction extérieure peut exister légalement, même lorsque l'effraction est commise, en dehors de toute habitation, dans un édifice, parc ou enclos. » Cass., 4 décembre 1873 (*B. cr.*, n° 296).

tres meubles fermés [10]. » Par suite, l'effraction n'est pas punissable, lorsque la boîte fracturée a été enlevée dans une voiture qui ne peut être considérée ni comme maison, édifice, cour, basse-cour, parc, enclos ou dépendance, ni comme appartement ou logement particulier, et que, pour cet enlèvement, il n'y a pas eu introduction dans les lieux de la nature de ceux qui viennent d'être mentionnés [11].

Au point de vue des questions à poser en cour d'assises, il ne suffit donc pas que le jury déclare que le vol a été commis à l'aide d'effraction, il faut qu'il soit constaté que l'effraction a eu lieu dans un édifice, parc ou enclos [12].

b L'effraction n'est incriminée que comme moyen d'*exécuter* un vol : cette circonstance doit être, par conséquent, antérieure, ou concomitante à la consommation du délit. C'est un point certain. Mais on a voulu en conclure que l'effraction commise pour sortir de la maison habitée, après l'enlèvement de l'objet volé, ne pouvait être considérée comme une circonstance aggravante de la soustraction [13]. Cette opinion serait exacte si le vol était

[10] Cass., 19 janvier 1816 (S. *Coll. nouv.*, t. V, 1. 140).

[11] Même arrêt. — Ainsi encore, le vol d'un bateau n'est pas [illegible] qui l'attachait au rivage : Cass., 26 mars [illegible]

[illegible]

consommé par la mainmise du voleur sur la chose qu'il veut soustraire et son enlèvement de l'endroit même où cette chose a été placée par le propriétaire. Mais nous avons soutenu, contrairement, du reste, à la jurisprudence de la Cour de cassation, que le vol n'était consommé que par le *déplacement*. C'est, du reste, l'opinion qui a été exposée par Merlin, en ces termes, à propos précisément de la question qui nous occupe : « Il est vrai, dit-il, que de l'article 384 du Code pénal, combiné avec le n° 4 de l'article 381 du même Code, il résulte que la peine infligée par le premier de ces textes au vol avec effraction, n'est applicable qu'au cas où le vol a été *commis à l'aide* de l'effraction même. Mais qu'est-ce que commettre un vol? Cest, sans contredit, appréhender manuellement la chose d'autrui, avec l'intention de se l'approprier, mais c'est aussi *emporter cette chose ;* c'est aussi faire tout ce qu'il faut pour s'en assurer et en conserver la possession. *Appréhender manuellement l'objet volé, ce n'est à proprement parler, que commencer le vol ;* le vol ne se consomme véritablement que par l'action qui déplace l'objet volé, qui le fait passer d'un lieu à un autre. Il y a donc vol avec effraction, non seulement lorsqu'à l'aide d'une effraction l'on appréhende manuellement la chose d'autrui, mais encore lorsqu'à l'aide d'une effraction l'on déplace, l'on emporte, l'on fait passer d'un lieu à un autre la chose d'autrui que l'on a appréhendée manuellement sans effraction [14]. »

tionnel. — Le C. p. italien (et il mérite à cet égard d'être loué) a unifié les deux effractions qui ont juridiquement le même caractère, en parlant, dans l'art. 404, n° 4, du coupable qui « pour commettre le fait » ou « pour transporter la chose soustraite », détruit, démolit, rompt ou force des obstacles quelconques établis avec de solides matériaux, placés pour protéger la personne ou la propriété, alors même que l'effraction n'est pas accomplie dans le lieu du fait. Ainsi se trouvent supprimées les deux difficultés que nous avons examinées : Faut-il que l'effraction intérieure soit précédée d'une effraction extérieure? Le voleur qui s'est introduit sans effraction dans une maison, un appartement, qui a volé et qui, trouvant la porte refermée, la brise, commet-il un vol avec effraction?

[14] Merlin, *Rép.*, v° *Vol*, sect. II, § III, dist. IV, n° 3. La Cour de cassation — chose à noter, — a évité de se prononcer sur cette question dans l'espèce discutée par Merlin. Son arrêt du 18 juin 1812 porte: « qu'en

2180. L'effraction extérieure n'est une circonstance aggravante du vol que lorsque, aux termes de l'article 395, on a pu s'introduire, à l'aide de ce procédé, soit dans les maisons, cours, basses-cours, enclos ou dépendances, soit dans les appartements ou logements particuliers. Mais une question grave s'élève sur la portée de la loi. Il s'agit de savoir s'il est nécessaire, pour l'existence de la circonstance aggravante, que l'effraction ait servi ou ait pu servir à l'introduction du voleur ou de son complice, ou s'il est suffisant que l'effraction ait pu simplement la provoquer? Par exemple, le vol de l'ustensile ou de l'instrument qui sert de clôture doit-il être considéré comme commis avec effraction, alors même qu'il n'a été suivi d'aucune introduction et qu'il n'a point eu pour but de la faciliter? Dès l'origine, la jurisprudence de la Cour de cassation a considéré que l'*effet* plutôt que le *mobile* de l'acte déterminait le caractère de l'effraction extérieure. Elle n'a pas exigé que le vol eût été commis, après l'effraction faite aux clôtures, dans la maison ou dans l'enclos. On a pu soutenir que cette jurisprudence était conforme au texte [18], mais elle est certainement contraire à l'esprit de la loi.

supposant même qu'une infraction qui aurait pour objet seulement de faciliter la sortie du voleur du lieu où il avait commis le vol, pût constituer une circonstance aggravante de ce vol, l'arrêt attaqué aurait fait une juste application de la loi, etc. ». La Cour a, en effet, considéré que le procédé employé par le malfaiteur, pour sortir du lieu du vol, ce procédé qui consistait dans le fait de déplacer, en les soulevant et les faisant basculer, les traverses mobiles d'une fermeture, ne constituait pas une effraction punissable. — Mais, dans son arrêt du 29 mars 1889 précité, elle a formellement décidé qu'un vol ne doit pas être réputé commis avec effraction et passible comme tel de l'article 384 du Code pénal, lorsque l'effraction, postérieure au vol, a simplement servi à faciliter ou à rendre possible la fuite des voleurs.

[18] On s'appuie sur les mots « à l'aide desquelles on peut s'introduire » de l'article 395, pour soutenir que l'enlèvement de la clôture constitue l'effraction extérieure et que notre Code a compris, sous ce nom, jusqu'à l'enlèvement d'ustensiles ou d'instruments servant à fermer ou à empêcher le passage, pourvu, bien entendu que cet enlèvement ne soit pas le moyen même d'ouverture ou de passage qu'emploient les propriétaires ou usagers légitimes, comme il en serait, par exemple, d'une traverse mobile destinée à être placée pour fermer les deux battants d'une porte, et enlevée pour les ouvrir.

L'effraction extérieure est une circonstance distincte du vol, qui a pour but de le faciliter; elle constitue un acte qui aide le vol et non un acte du vol même. Car le but bien déterminé de l'effraction, ce qui fait la criminalité de la circonstance, c'est le forcement des obstacles matériels quelconques, placés pour protéger la personne ou la propriété, obstacles qui séparent l'agent de l'objet même qu'il veut voler[16].

2181. Mais une effraction *extérieure* pourrait être commise de l'*intérieur de la maison* : il suffit de supposer qu'un malfaiteur, qui est dans la maison, force une serrure, rompt une porte ou brise une fenêtre, pour introduire son complice.

2182. L'effraction *intérieure* est celle qui, après l'introduction, soit dans une maison habitée, soit dans un édifice, parc ou enclos, est faite aux portes ou clôtures du dedans, ainsi qu'aux armoires ou autres meubles fermés. Trois choses caractérisent donc cette espèce d'effraction. 1° Elle suppose que le délinquant, se trouvant, d'une manière quelconque, même légitime, dans une enceinte close de toutes parts, maison, appartement, cour, jardin, parc ou tout autre enclos, y a pratiqué des effractions contre des clôtures intérieures. 2° Elle s'applique, soit aux portes et clôtures du dedans, soit aux armoires et autres meubles fermés. Des difficultés existent sur le sens de ces deux expressions. Que faut-il entendre par portes et clôtures du dedans? Je pense qu'il faut y comprendre toutes celles que l'agent, après son introduction dans la maison, force ou brise, soit pour parvenir à l'objet du vol, soit même pour sortir de la maison après s'en être emparé[17]. Les meubles fermés sont, non pas tous ceux qui contiennent l'objet volé, mais tous ceux qui présentent un moyen de défense et de sûreté à l'égard des objets qu'ils renferment: un coffre-fort, un secrétaire, une commode, une garde-robe. Mais on ne devrait pas y comprendre les bouteilles ou tonneaux, à l'égard des vins qu'ils contiennent,

[16] *Sic*, Chauveau et Hélie, t. V, n° 2084. La question est très bien discutée par ces auteurs. Voy. également : Ortolan, t. I, n°s 835 et 837, contradictoires.

[17] Voy. en sens contraire : Chauveau et Hélie, t. V, n° 2088, et la jurisprudence citée, *suprà*, note 13.

2180. L'[illegible]action [illegible] [illegible] qui s'y trouvent, etc. La vante du vol que lorsqu[illegible] aux conclusions de Merlin, a s'introduire, à l'aide [illegible] ne peut pas considérer comme effrac- basses-cours, enclo[illegible] d'une futaille, ni la soustraction ments ou logeme[illegible] parce que les caisses et les boîtes lève sur la por[illegible] la deuxième disposition de l'article 396 ne pour l'existen[illegible] que de celles qui peuvent être destinées ait servi [illegible] de défense, et nullement de celles qui n'ont complice, [illegible] renfermer et de contenir les liquides qui ne la pro[illegible] que dans des vaisseaux qui en soutien- ment [illegible] [illegible]. » 3° Il ne suffit pas enfin que les portes, avec [illegible] meubles soient simplement *fermés*, il faut [illegible] fermées d'une manière qui en rende le [illegible], à clef par exemple, ou par des clous. Sans [illegible] l'élément matériel, constitutif de l'effraction, [illegible] [illegible].

[illegible] 17 novembre 1814 (S. *Coll. nouv.*, t. IV, 1. 632). Peut-être y [illegible] de faire une distinction entre deux natures de récipients des [illegible] ceux qui ont pour but d'empêcher la fuite du liquide ou du [illegible] ceux qui ont pour but d'empêcher le détournement ou le vol. Ainsi, [illegible] supposons que le liquide soit enfermé dans un double fût : [illegible] du malfaiteur qui forcerait la première enveloppe, dans la [illegible] propriétaire, pour détourner le liquide, ne serait pas une effraction? [illegible] défend et ne contient pas, tandis que le second contient [illegible] pas.

[illegible] dans ce sens qu'un arrêt de la Cour de cassation, du 9 septembre [illegible] 313), décide « qu'il résulte de la combinaison des articles [illegible] 396, que la loi n'a entendu attacher les circonstances aggravantes de [illegible] à l'égard des meubles, que lorsqu'ils se trouvaient fermés par [illegible] qu'on ne pouvait se procurer ce qu'ils contenaient qu'en [illegible] ou dégradant ce meuble lui-même, ou les serrures, cadenas [illegible] employés pour le fermer; soit que cette effraction ait [illegible] dans un édifice, parc ou enclos, soit même hors de ces lieux, [illegible] du meuble ainsi fermé; qu'il suit de là que, pour que [illegible] de la peine puisse être légalement prononcée, lorsqu'il s'agit de [illegible] d'effets contenus dans des caisses, boîtes ou autres meubles [illegible] faut que le jury ait été appelé à constater et qu'il ait effectivement [illegible] l'effraction pratiquée sur le meuble fermé, soit l'existence de [illegible] cadenas ou autres ustensiles servant à fermer, dont la rupture ou [illegible] la conséquence nécessaire de l'enlèvement des effets. »

L'idée dominante qu'il faut chercher ici est encore celle d'une [illegible]ion de clôture. Mais elle prend une forme nouvelle. Le [illegible] clos de toutes parts, c'est une circonstance essentielle; [illegible]ropriétaires ou habitants doivent s'y croire plus à l'abri; et [illegible]st dans cette enceinte, que le voleur, profitant du hasard ou des motifs même légitimes qui lui en ont ouvert l'accès, brise ou force des clôtures intérieures, afin de parvenir à l'exécution de son délit.

2183. La loi, dans l'article 396, assimile, à l'effraction intérieure, le simple enlèvement des caisses, boîtes, ballots sous toile et corde et autres meubles fermés, contenant des effets, bien que l'effraction n'ait pas été faite sur le lieu où le vol a été commis. La situation de l'agent doit être, en effet, la même, qu'il ait opéré l'effraction dans la maison où se trouvait le meuble, ou bien qu'il l'ait opérée hors de la maison en emportant le meuble. La réunion de quatre conditions est nécessaire à l'existence de la circonstance aggravante dans ce cas. 1° Il faut d'abord, bien que la loi ne le déclare pas d'une manière expresse, que l'enlèvement ait été opéré dans les lieux mentionnés en l'article 395 ; l'assimilation ne s'étend pas à celui qui serait fait dans les chemins, sur les routes [20], etc. 2° Il faut, ensuite, que le meuble enlevé ait été fermé de façon à ne pouvoir être ouvert que par forcement ou rupture, et on doit, par conséquent, indiquer, dans la question soumise au jury, que le meuble soustrait était fermé de cette manière. 3° Il faut, de plus, pour que le cas prévu par l'article 396 § 2, soit assimilable à l'effraction intérieure, que les caisses, boîtes ou autres meubles enlevés aient pour destination, non de contenir les objets qu'ils renferment, mais de les fermer, de les protéger. 4° Enfin, bien que la jurisprudence de la Cour de cassation ait varié sur la question, il faut que l'effraction du meuble ait été réellement et matériellement opérée hors du lieu où il a été enlevé. En décidant, en effet, qu'il importe peu que l'effraction n'ait pas été faite sur le lieu de l'enlèvement, l'article 396 n'admet-il pas implicitement qu'elle a été faite quelque part ? Ce qui constitue, en effet, la circonstance aggra-

[20] Voy. nombreux arrêts analysés par BLANCHE, t. VI, n° 33.

les bonbonnes, à l'égar[illegible] servant à renfermer des
Cour de cassation, [illegible] au moyen de l'effraction du
déclaré, avec raison, [illegible]
tion intérieure l'en[illegible] a été considéré, par les légis-
du vin qui y était [illegible] des formes les plus graves de la
dont il est question [illegible] d'avoir. La loi romaine distinguait,
peuvent être entem[illegible] de jour, auquel cas il était frappé
à former un [illegible] travail temporaire dans les mines,
pour objet que [illegible] condamnation au travail perpétuel
peuvent être con[illegible] devaient être appliquées[18].
nent la mobili[illegible] et par plusieurs personnes,
clôtures, armo[illegible] ancien droit, la sévérité de la
que ces chos[illegible] C'est le supplice de la roue qui
forcement [illegible] effraction. « L'expérience ayant
cette circons[illegible] que, de tous les vols, il n'y
ne saurait [illegible] que celui-ci, tant à cause de l'es-
[illegible] à s'en garantir, que parce qu'il
[illegible] tranquillité publique, *en violant les*
[illegible] *trouver dans sa maison*, nos
[illegible] de punir d'une moindre peine que

[18] Cass., 17 [illegible]
aurait-il lieu [illegible]
liquides [illegible]
gaz et [illegible]
par exemp[illegible]
est-ce que [illegible]
cave du [illegible]
Ici, le [illegible]
et ne [illegible]

[illegible] avait jugé que l'article 396 ne
[illegible] l'effraction avait eu lieu : 13 janvier
[illegible] ne sens contraire, dans une série d'ar-
[illegible] 1830, deux arrêts (S. 40. 1. 550) ; 15
[illegible] La Cour suprême déclare, dans ce dernier
[illegible] de l'article 396 n'ont pas pour ef-
[illegible] ne cas où il est prouvé qu'après l'enlève-
[illegible] il n'en est pas moins constant que
[illegible] à l'effraction et ne constitue une cir-
[illegible] quand il a eu lieu dans les édifices, parce
[illegible] Cass., 9 mars 1860 (*B. cr.*, n° 73). Cette évo-
[illegible] critiquée par CHAUVEAU et HÉLIE,
[illegible] par BLANCHE, t. VI, n° 38.

[illegible] « *Inter effractores varie animadvertitur ;*
[illegible] *effractores, et ideo hi fustibus cæsi in metallum*
[illegible] *post fustium castigationem in opus per-*
[illegible]

du dernier supplice[24] ». L'édit de janvier 1534 portait, en effet : « Ceux qui entreront au dedans des maisons, icelles crocheteront et foresteront, prendront ou emporteront les biens qu'ils trouveront esdites maisons, seront punis de la manière qui s'ensuit : c'est à savoir, les bras leur seront rompus et brisés en deux endroits, tant haut que bas, avec les reins, jambes et cuisses, etc. » Et, bien que la jurisprudence des Parlements ait travaillé à adoucir la loi, on trouve des exemples de condamnations à l'affreux supplice de la roue jusqu'aux derniers jours de l'ancienne monarchie[25]. Le Code pénal de 1810 n'a pas fait de l'effraction seule une circonstance aggravante du vol : le vol avec effraction n'est qu'un vol simple passible des peines de l'article 401. Mais cet élément peut se combiner avec d'autres : c'est ainsi que le vol commis avec effraction, dans une maison habitée ou dans un enclos, constitue un *crime* puni des *travaux forcés à temps* (C. p., art. 384) ; et la peine s'élève aux *travaux forcés à perpétuité*, lorsqu'à l'effraction se joignent les circonstances de nuit, de corréité, le port d'armes et les violences (C. p., art. 381)[26].

2185. Si l'effraction est un procédé de préparation ou d'exécution du vol, il faut bien entendu, pour que cette circonstance aggrave la criminalité de l'agent, que le vol n'ait pas été déjà consommé[27]. Mais les rapports à établir entre l'effraction et la tentative de vol donnent lieu à deux séries de questions que nous rappelons ici, les ayant examinées ailleurs. L'effraction, soit extérieure, soit intérieure, peut-elle être considérée comme un commencement d'exécution ou simplement comme la préparation du vol ? et lorsque l'agent, par une circonstance indépen-

[24] *Lois crim.*, p. 289.

[25] Voy. Jousse, *op. cit.*, t. IV, p. 218.

[26] L'effraction est prévue, comme une circonstance aggravante du vol, par la plupart des législations étrangères. Les Codes modernes se divisent, à cet égard, en deux groupes : ceux qui parlent de l'effraction, sans distinguer entre l'effraction extérieure et l'effraction intérieure, et ceux qui font cette distinction. Voy. Alimena, *op. cit.*, t. III, p. 675.

[27] Mais à quel moment est-il consommé ? La question présente des difficultés que nous avons examinées plus haut.

dante de sa volonté, est arrêté, après avoir forcé la serrure d'une porte extérieure, ou brisé la fermeture d'un secrétaire, est-il coupable d'avoir commis une tentative de vol avec effraction? Dans notre opinion, le commencement d'exécution existe, à la condition de démontrer, au préalable, que l'intention de l'agent était bien de voler par ce procédé. La tentative serait-elle légalement caractérisée si le meuble fracturé était vide? La Cour de cassation a résolu cette question affirmativement, dans une espèce où un individu avait ouvert, avec effraction, le tronc des pauvres d'une église, alors qu'il était vide; elle a décidé que c'était là une circonstance étrangère à la volonté de l'agent et non une impossibilité absolue d'atteindre le but qu'il s'était proposé à son entrée dans l'église, but qui était le vol[28].

Si l'effraction, intérieure ou extérieure, commise dans le but de voler constitue un commencement d'exécution du vol, la tentative d'effraction a le caractère d'un acte préparatoire tant qu'elle ne réunit pas les éléments constitutifs du fait, tels que l'article 393 du Code pénal les a définis.

2186. L'article 397 a défini, dans ces termes, la circonstance aggravante de l'*escalade* : « Est qualifiée *escalade* toute entrée dans les maisons, bâtiments, cours, basses-cours, édifices quelconques, jardins, parcs et enclos, exécutée par-dessus les murs, portes, toitures ou toute autre clôture. » De ce texte on doit d'abord dégager deux règles : *a*) la première est que l'escalade, pour constituer un élément d'aggravation, doit avoir pour but l'entrée de l'agent dans les lieux qui y sont désignés. L'escalade, en effet, est un *moyen d'introduction ;* si donc l'escalade n'a pour objet que de voler à l'extérieur, d'enlever, par exemple, les matériaux de la toiture, plombs, tuyaux, ou des enseignes, ou des marbres, ou bien si elle a été employée pour atteindre des objets posés sur un mur, sur un arbre, sur un toit ou sur toute autre hauteur, l'escalade n'est pas une circonstance aggravante du vol qu'elle facilite[29]. *b*) La seconde règle est que le

[28] Cass., 1 nov. 1870 (*B. cr.*, n° 210).

[29] La jurisprudence a décidé, par exemple, que tenter de voler le plomb de la toiture d'un bâtiment sur lequel l'agent est monté avec une échelle, [illegible] commettre une tentative de vol avec escalade : Cass., 21 octobre

vol, commis à l'aide d'escalade, ne donne lieu à cette aggravation que lorsqu'il est commis dans les maisons, bâtiments, cours, basses-cours, édifices quelconques, jardins, parcs et enclos [30].

2187. Ces deux règles sont communes, dans leur expression générale, à l'*effraction extérieure* et à l'*escalade ;* mais il faut, noter ici une différence importante, admise par la jurisprudence entre ces deux circonstances, quant au *mode de leur constatation* en cour d'assises. Il ne suffit pas, en ce qui concerne l'*effraction*, de constater le fait qui la constitue, il faut ajouter qu'elle a été faite dans l'un des lieux mentionnés par l'article 396. Il suffirait, au contraire, en ce qui touche l'*escalade*, de déclarer que le vol a été commis avec escalade, sans qu'il soit besoin d'ajouter qu'il a été commis dans les édifices, parcs ou enclos. Cette solution peut être sérieusement contestée [31]; on se fonde sur cette idée que toutes les fois que le jury déclare l'accusé coupable d'avoir commis un vol avec escalade, il y a *présomption* suffisante, que c'est bien dans un lieu clos, puisque l'escalade n'eût pas été nécessaire sans cette circonstance [32].

2188. L'escalade, considérée sous le rapport du fait matériel qui la constitue, a deux caractères distincts : elle procure l'entrée du malfaiteur *du dehors à l'intérieur*, par-dessus les murs, portes, toitures, ou toute autre clôture; et elle procure cette entrée par un *moyen extraordinaire d'introduction.*

a) C'est, en effet, l'*entrée dans l'enceinte de la clôture*, exécutée par-dessus cette clôture qui constitue l'escalade. Il n'y a donc pas d'*escalade intérieure,* puisque le malfaiteur n'a pas à s'introduire là où il a pénétré. Si donc le voleur, après être entré

1813 S. *Coll. nouv.*, t. IV, 1. 450). Conf. 3 avril 1858 (S. 58. 1. 635); 11 avril 1856 (S. 56. 1. 766). *Sic*, Blanche, t. VI, n° 45; Chauveau et Hélie, t. V, n° 2096. Voy. l'observation faite, dans le texte, à propos de la tentative d'effraction.

[30] *Sic*, Cass., 28 octobre 1828 (*B. cr.*, n° 95).

[31] Voy. Blanche, par exemple, t. VI, n° 49.

[32] Les sections réunies de la Cour de cassation ont admis, dans leur arrêt du 7 juin 1831 (S. 31. 1. 400), que la mention du lieu où l'escalade a été effectuée n'était pas nécessaire dans la question posée au jury. La chambre criminelle a suivi cette jurisprudence: Cass., 30 mai 1831 (*B. cr.*, n° 197) et 29 mai 1856 (*B. cr.*, n° 194).

[illegible] par une porte ouverte, et sans escalade avec [illegible] autres parties de la maison pour voler, son [illegible] quel qu'il fût, ne pourrait faire considérer [illegible] avant été commis par escalade[83]. En effet, au [illegible] générale, s'il se rencontre des murs, cloisons [illegible] qui offrent une hauteur, ou des murs susceptibles [illegible] pour passer d'une pièce, d'une cour ou de tout [illegible] dans un autre, on ne peut pas dire que ces murs [illegible] dans un but de clôture; ils l'ont été plutôt dans [illegible] de division, de séparation. Le but de clôture intérieure [illegible] au contraire, si les murs, cloisons, portes ou fenêtres [illegible] dedans, sont tels qu'il soit nécessaire, pour vaincre l'obstacle [illegible] opposent, d'user d'effraction. D'où il suit, que les escalades intérieures, n'ont pas la signification d'une violation de clôture, tandis que cette signification reste aux effractions intérieures. C'est la raison essentielle de cette différence.

b) Le deuxième caractère de l'escalade, c'est qu'elle consiste dans l'emploi d'un moyen ou d'une voie extraordinaire pour s'introduire à l'intérieur de la clôture. La Cour suprême, dans un arrêt ancien, a formulé cette règle, qui résulte de la signification même du mot escalade, en déclarant que le caractère de cette circonstance « est l'emploi de *moyens* ou d'*efforts* extraordinaires pour vaincre l'obstacle opposé par une clôture ». Cette règle a deux applications corrélatives.

L'escalade suppose d'abord l'introduction de l'agent par une voie qui n'est pas destinée à l'entrée des personnes. L'article 397 spécifie, en effet, la nature des moyens mis en œuvre : ils consistent à passer *par-dessus les clôtures* pour pénétrer dans

[83] Jurisprudence constante: Cass., 13 mai 1826 (S. *Coll. nouv.*, t. VIII, 1. 343) : « Attendu que de la définition énoncée en l'article 397 du Code, il résulte clairement que l'individu qui est entré dans l'intérieur d'une maison sans escalade, de quelque autre manière qu'il pénètre dans les autres parties de la maison, ne commet point d'escalade. » Comp. Cass., 27 juin 1828 (*Bull. cr.*, n° 188; 14 septembre 1843 (S. 43. 1. 787); 12 août 1852 (S. 53. 1. 395). Le Code pénal de 1791 (tit. 2, sect. 2, art. 11), se bornait également à incriminer l'escalade des *toits, murailles et toutes autres clôtures extérieures* de bâtiments, maisons et édifices.

les lieux qu'elles entourent. Si donc l'agent a profité, pour s'introduire, d'une négligence du propriétaire, qui a laissé sa porte ouverte, qui n'a pas réparé une brèche de son mur, en un mot, s'il n'a eu aucun obstacle à vaincre, aucun effort à faire, il ne peut être déclaré coupable de vol avec escalade[34]. La circonstance d'escalade ne résulte pas, en effet, du seul fait de l'introduction dans un endroit clos, mais du fait de l'introduction par des *voies* ou des *moyens* qui ne sont pas les voies et moyens ordinaires. Deux sortes de procédés d'escalade peuvent être, en effet, employées. Le plus souvent, l'agent usera d'échelles ou d'autres instruments analogues, pour franchir une clôture, de sorte qu'il s'introduira dans l'enclos par une *voie* et par un *moyen* extraordinaires. Ici, les deux circonstances de voie et de moyen concourront. D'autres fois, l'agent se servira de sa propre agilité, mais n'empruntera aucun procédé artificiel; il sautera un fossé, il grimpera le long d'un mur, il descendra d'une toiture, etc. ; là encore, nous aurons une escalade, à la condition que l'entrée, ainsi procurée à l'agent par son adresse personnelle, ne soit pas l'entrée ordinaire. C'est ce que la Cour de cassation a jugé, le 7 novembre 1811, à propos de l'introduction par une fenêtre, au moyen d'une simple enjambée, sans efforts et sans aucun secours étranger[35].

2189. Mais s'il suffit, pour qu'il y ait escalade, que le malfaiteur ait franchi, d'une manière quelconque, une clôture, il faut, tout au moins, que l'obstacle mérite le nom de clôture. D'une part, la loi protège celui qui se protège lui-même ; et, d'autre part, elle voit une cause aggravante de la criminalité dans le fait du voleur qui, pour atteindre l'objet à soustraire, n'hésite pas à surmonter un obstacle. Telle est la raison d'être de l'aggravation en cas d'escalade. Certains criminalistes paraissent

[34] Voy. Merlin, *Rép.*, v° *Vol*, sect. 2, § 3, dist. 4 ; Chauveau et Hélie, t. V, n° 2100 ; Blanche, t. VI, n° 46. C'est pour ce motif que la Cour de cassation a jugé que l'introduction opérée en franchissant, sur la glace, le ruisseau qui sert de clôture à un terrain, pendant que ce ruisseau est à l'état de congélation, ne constitue pas l'escalade prévue par la loi : Cass., 20 mai 1813 (S. *Coll. nouv.*, t. IV, 1. 356).

[35] S. *Coll. nouv.*, t. III, 1. 420.

dans un[illegible] quelque peu forte que pénétré [illegible] qu'on la franchit[36]. Mais procéd[illegible] l'exemple de quelques légis- le vo[illegible] minimum de hauteur et de soli- deda[illegible] qu'il a simplement voulu ou [illegible] de cette question. Nous ne pou- d'ê[illegible] compris, sous le nom d'escalade, au[illegible] par-dessus les murs, portes ou toutes au[illegible] soient ces murs ou clôtures, ne fal- [illegible] pour les franchir : et le fait de sauter un [illegible] est destiné à former clôture, ne [illegible] une escalade que si ce fossé, par ses [illegible] prendre véritablement le caractère d'une

[illegible] la circonstance d'escalade au vol qui a été [illegible] moyen, est-il nécessaire que le malfaiteur ait eu, [illegible] il pratiquait l'escalade, l'intention de voler? La [illegible] ne l'a pas pensé. « Considérant, lit-on dans [illegible] 15 janvier 1813[39], que si, pour caractériser le fait [illegible] de vol, la loi exige que l'auteur ait eu l'intention de [illegible] propriétaire, elle n'a point exigé la même inten- [illegible] l'égard des moyens qui auraient été mis en usage pour [illegible] le vol ; qu'il importe donc peu, dans l'espèce, que le [illegible] ait ajouté à sa déclaration que, lors de l'escalade qui a [illegible] le vol, l'accusé n'avait pas l'intention de voler ; que cette [illegible] est absolument indifférente ... ». La thèse de la Cour [illegible], telle qu'elle est formulée d'une manière générale, ne [illegible] pas complètement exacte. Est-il vrai, en effet, que

[illegible] Blanche, t. VI, n° 46. La jurisprudence, invoquée par Blanche, [illegible] arrêt, dans lequel la question principale était [illegible] de passer par-dessus l'appui d'une fenêtre [illegible] l'escalade. Il est vrai que cette fenêtre n'était [illegible] au-dessus du sol : Cass., 7 août 1811, précité. [illegible] t. I, n° 837.

[illegible] la *fragilité* de la clôture était considérée [illegible] d'escalade ; à plus forte raison encore, son [illegible] de hauteur ou de largeur.

[illegible] t. IV, t. 280.

toutes les circonstances, qui ont servi indirectement à l'exécution du vol, puissent être retenues comme aggravantes de ce vol, par cela seul et par cela même qu'elles l'ont facilité? Il semble qu'on pourrait distinguer entre les circonstances qui concourent à l'exécution par le fait seul de leur existence, telles que celles de nuit, de port d'armes; et celles qui sont des actes préparatoires du vol et ne sont incriminées que parce qu'elles servent à l'exécuter, telles que l'escalade, l'effraction, les fausses clefs, la violence. Lorsque ces dernières ont été commises dans un autre but que celui de voler, elles restent étrangères à l'action de vol; et on ne pourrait en faire la base d'une aggravation de ce délit sans méconnaître l'unité de dessin et d'exécution qu'il suppose[39].

2191. Le paragraphe de l'art. 397 assimile à l'escalade l'introduction par une ouverture souterraine. Les mêmes règles s'appliquent donc à ce mode de pénétration. Son caractère particulier, c'est qu'il a lieu par une ouverture souterraine autre que celle qui a été établie pour servir d'entrée, par exemple par un égout. La question relative à cette circonstance doit être posée au jury dans les termes mêmes de la loi et non sous la qualification générale d'*escalade*, car, s'il s'agit de deux faits *légalement* identiques, il s'agit de deux faits *matériellement* dissemblables.

2192. L'escalade n'est incriminée par la loi que lorsqu'elle a pour but de préparer un vol. Si elle n'a pas ce but, elle ne constitue qu'un élément du délit de violation de domicile. Les articles 381, 382, 383 et 384, ayant réuni, dans les mêmes dispositions, les circonstances de l'effraction, de l'escalade et des fausses clefs, l'influence de ces divers moyens de perpétrer le délit sur la criminalité et la pénalité est identique.

2193. L'usage des *fausses clefs* est complètement assimilé par la loi à l'effraction et à l'escalade; il devient une circonstance aggravante du vol dans les mêmes cas et donne lieu aux mêmes pénalités. Ainsi, de même que l'escalade et l'effraction, l'emploi de fausses clefs n'est incriminé que comme acte tendant à faci-

[39] *Sic*, CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 2102.

soustraction tentée ou consommée, c'est [illegible]ente pour la loi française. Ainsi encore, [illegible] n'est incriminé comme circonstance du [illegible] a été employé dans des édifices, parcs ou [illegible] lieu, cette circonstance cesse d'être ag-[illegible] Mais il faut observer que l'usage de fausses clefs est [illegible] qu'elles aient servi à l'introduction de l'agent [illegible] des bâtiments ou enclos, soit qu'elles aient [illegible] intérieur, pour l'exécution du vol. Comme l'effraction, [illegible] peut être extérieur ou intérieur; il peut s'appliquer à [illegible] des meubles comme à celle des portes[41]. L'article 381 [illegible] aucune distinction, et punit le vol *commis à l'aide de* [illegible] *clefs, dans une maison, appartement, chambre, ou logement habités ou servant à l'habitation ou leurs dépendances.*

2494. La loi, dans l'article 398, répute *fausses clefs*, « tous crochets, rossignols, passe-partout, clefs imitées, contrefaites, altérées, ou qui n'ont pas été destinées par le propriétaire, locataire, aubergiste ou logeur, aux serrures, cadenas, ou autres fermetures quelconques auxquelles le coupable les aura employés. »

Pour donner à cette définition sa véritable valeur, il faut la rapprocher de l'exposé des motifs[42] : « Une autre difficulté s'est présentée dans les cours criminelles. Elles n'étaient pas d'accord

[41] D'où il suit qu'il faut énoncer, dans la question soumise au jury, qu'il a été fait usage de la fausse clef dans un édifice, parc ou enclos. *Sic*, Cass., 1er juin 1854 (*B. cr.*, n° 177); 7 février 1878 (*B. cr.*, n° 37). « Attendu, porte ce dernier arrêt, que la question d'usage de fausses clefs soumise au jury ne contenait pas d'indication de lieu, et que la déclaration affirmative du jury sur cette question ainsi limitée, ne pouvait, dans l'espèce, se compléter par aucune autre indication de cette nature, la question de lieu clos ayant été résolue négativement par le jury...; Attendu que le devoir du président de la cour d'assises était, en même temps qu'il posait au jury la question d'usage de fausses clefs, de l'interpeller sur le point de savoir si cet usage avait eu lieu dans un lieu clos, circonstance en dehors de laquelle l'emploi de fausses clefs n'implique, aux yeux de la loi, aucune aggravation du vol. »

[41] *Sic*, Ortolan, *op. cit.*, t. I, n° 839.

[42] Locré, t. XXXI, p. 148.

sur la question de savoir s'il fallait considérer comme vol fait à l'aide de fausses clefs, celui qu'on aurait commis avec des clefs, non imitées, ni contrefaites, ni altérées, mais qui n'avaient pas été destinées aux fermetures auxquelles elles ont été employées. Le Code décide cette question et prononce l'affirmative. En effet, détourner une clef de sa destination pour l'employer à commettre un crime, n'est autre chose que convertir une clef véritable en fausse clef. En un mot, toute clef n'est véritable que relativement à sa destination. La seule différence que la loi admet entre cette clef dont il y a eu abus, et une clef contrefaite ou altérée, est que celle-ci est toujours fausse clef, et que la première ne le devient qu'au moment qu'on l'emploie comme on aurait fait d'une clef contrefaite. »

L'usage de fausses clefs a lieu de trois manières : *a*) Lorsque l'agent se sert de crochets, de rossignols, en un mot, d'instruments ou outils, de quelque nature qu'ils soient, qui ont pu procurer l'ouverture de la serrure, du cadenas ou de la fermeture ; *b*) Lorsqu'il se sert de clefs véritables, appliquées à une autre destination que leur destination originaire[43] ; *c*) Lorsqu'il emploie la clef véritable, correspondant à la serrure, mais qui se trouve en sa possession, par quelque fraude, soit qu'il l'ait volée, soit qu'il l'ait trouvée, soit qu'il l'ait indûment retenue. Sur ce dernier point cependant, qui n'est pas expressément visé par l'exposé des motifs de l'article 398, des difficultés ont pu être soulevées[44]. La jurisprudence ne s'y est pas arrêtée. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé : 1° Que l'emploi d'une clef perdue depuis un certain temps et dont la destination avait ainsi cessé d'exister, équivaut à celui d'une fausse clef[45] ; 2° Que la clef dérobée au propriétaire par un domestique, qui, après

[43] Ainsi, doit être considéré comme usage d'une fausse clef, le fait d'avoir ouvert, pour y pratiquer un vol, le tiroir intérieur d'un secrétaire, fermé par une clef particulière, à l'aide de la clef du meuble, laquelle n'était pas destinée à cet usage.

[44] Voy. Chauveau et Hélie, t. V, n. 2110. La question est discutée par : Carrara, *Programma*, § 2173 ; Alimena, *op. cit.*, t. III, p. 670.

[45] Cass., 14 décembre 1825 (S. *Coll. nouv.*, t. VIII, 1. 241) ; 19 mai 1836 (S. 36. 1. 781) ; 17 avril 1855.

[illegible] service, s'en sert pour commettre un vol, est une [illegible] 3° Que l'associé qui, à l'aide d'une double clef [illegible] secrètement, soustrait frauduleusement des ob- [illegible] à la société, se rend coupable de vol avec fausses [illegible] Dans ces divers cas, en effet, l'emploi du moyen d'ou- [illegible] fait *indûment*, contre le consentement du propriétaire [illegible] d'une part, le vol est facilité par cette circonstance; [illegible] part, la criminalité du voleur est la même que s'il se [illegible] d'une clef contrefaite ou détournée de sa destination[46].

2195. L'article 399 punit même, comme délit *sui generis*, un [illegible] *préparatoire* qui a pour but de faciliter le vol : c'est la *[illegible]ution de fausses clefs*[47]. Deux situations doivent être distinguées, celle où le fabricateur est resté étranger au vol, celle où il s'en est rendu complice.

2196. Dans le premier cas, le délit se constitue d'un double élément : le fait même de la contrefaçon ou de l'altération consommée; c'est l'élément matériel; la connaissance de la fausseté de la clef fabriquée ou altérée et la prévision de l'usage qui pourra en être fait; c'est l'élément moral. Il est évident, en effet, bien que la loi ne se soit pas expliquée sur ce point, parce qu'elle l'a jugé inutile, que le fait seul de contrefaire ou d'altérer des clefs ne suffit pas pour constituer le délit; et que, par exemple, si le propriétaire même des fermetures commandait le travail, le fait serait absolument licite.

[46] Cass., 18 juillet 1811 (S. *Coll. nouv.*, t. III, 1. 382).

[47] Cass., 3 novembre 1808 (S. *Coll. nouv.*, t. II, 1. 597).

[48] Ces trois formes d'emploi de fausses clefs sont expressément prévues par l'article 404 § 5, du Code pénal italien : « Si le coupable, pour commettre le fait ou pour transporter la chose soustraite, ouvre des serrures, en se servant de fausses clefs, ou d'autres instruments, ou même de la véritable clef perdue par le propriétaire, ou soustraite à celui-ci, ou indûment possédée ou retenue par ledit coupable. » Voy. ALIMENA, *op. cit.*, p. 679.

[49] L'article 399 a été modifié sur un point par la loi du 13 mai 1863. Il est aujourd'hui ainsi conçu : « Quiconque aura contrefait ou altéré des clefs sera condamné à un emprisonnement de trois mois à deux ans et à une amende de vingt-cinq francs à cent cinquante francs. — Si le coupable est un serrurier de profession, il sera puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de cinquante francs à cinq cents francs. »

2197. Mais la loi, pour ériger en délit *sui generis* le fait de fabriquer des fausses clefs ou d'altérer des clefs véritables, a supposé que l'agent avait seulement prévu que les clefs seraient employées à commettre des vols, sans qu'il eût l'intention d'aider à un vol déterminé. Mais si l'agent a connu un projet de vol et a fabriqué les clefs en vue de ce projet et pour aider à son exécution, il devrait être considéré comme complice et puni de la peine même du délit auquel il aurait participé. Tel est l'objet de la réserve faite par le § dernier de l'article 399 : « Le tout, sans préjudice de plus fortes peines, s'il y échet, en cas de complicité de crimes. »

2198. La peine ordinaire du délit de contrefaçon ou d'altération de clefs est un emprisonnement de trois mois à deux ans et une amende de 25 à 150 francs. Mais elle s'aggrave quand le coupable est un *serrurier de profession*. Cette circonstance, par l'habileté qu'elle donne à l'agent et par la facilité qu'elle lui fournit, ne saurait être indifférente. Notre ancienne jurisprudence voyait même, dans la qualité de serrurier, un élément d'aggravation du vol commis à l'aide de fausses clefs. Le Code pénal n'a pas retenu ce système; il se borne à en faire une circonstance aggravante du délit spécial qui consiste à contrefaire ou à altérer des clefs. La loi du 13 mai 1863 a substitué, à la peine de la réclusion, considérée comme trop sévère, la peine de l'emprisonnement de deux à cinq ans, avec les incapacités accessoires et la surveillance, aujourd'hui remplacée par l'interdiction de séjour, ainsi que l'amende de 50 à 500 francs [50].

[50] L'exposé des motifs de la loi du 17 mars 1863 explique cette atténuation en ces termes : « La contrefaçon de clefs punie dans cet article n'est qu'un acte préparatoire du vol, ce n'est pas un commencement d'exécution. Il n'est même pas nécessaire que la contrefaçon se rattache à un projet particulier de vol; ce serait un acte de complicité; cette incrimination d'un acte préparatoire, très légitime dans certains cas, et celui-ci est du nombre, veut néanmoins de la modération dans la pénalité. La peine de la réc usion qui est dans le second paragraphe a paru trop forte. La circonstance que le coupable est un serrurier de profession ne suffit point ; elle n'implique pas un abus de fonctions, de pouvoir ou de confiance forcée. Non, toutefois, que la profession soit une circonstance indifférente, elle ajoute au péril par

2199. Le § 4 de l'article 381 attache une aggravation pénale au vol commis dans une maison habitée ou servant à l'habitation, lorsque l'agent a pris un faux costume, usurpé un faux titre ou allégué un faux ordre de l'autorité publique. Ce procédé est assimilé à l'escalade, à l'effraction et à l'usage de fausses clefs : il produit les mêmes effets sur la criminalité, et à la même condition. Il faut, en effet, que cette usurpation ait été employée comme moyen d'introduction dans une maison habitée ou dans ses dépendances (C. p., art. 381, § 4). Nous avons déjà fait connaître, en expliquant l'article 344, ce qu'il fallait entendre par ce titre, cet uniforme et ce costume. Et il ne s'agit pas ici de l'abus ou de l'excès de pouvoir d'un fonctionnaire, qui serait réprimé par l'article 198 du Code pénal, mais de l'emploi d'un titre usurpé, d'un costume illégalement porté ou d'un ordre faussement allégué. Cela résulte du texte même [1].

2200 La seconde catégorie de moyens aggravant le vol, les *moyens moraux*, se rapportent à deux circonstances que nous rapprochons : le fait que le vol est commis par plusieurs personnes : le fait qu'il est commis avec port d'armes.

2201. Le port d'armes, qui annonce, de la part du malfaiteur, des intentions de violence, est une circonstance aggravante du vol. Les articles 381 § 3, 385 § 3, et 386 § 2 prononcent des peines aggravées, « si les coupables ou l'un d'eux étaient porteurs d'armes apparentes ou cachées. » Cette circonstance *qualifie* le vol et le transforme en un *crime*, indépendamment de toute autre circonstance. Ainsi, lors même que le vol [illegible] commis le jour, par une seule personne, et dans un lieu [illegible] dépendant d'une habitation, la seule possession d'armes apparentes ou cachées suffit pour rendre le vol [illegible] de la réclusion (C. p., art. 386 § 2). Si le port d'armes [illegible] d'autres circonstances aggravantes, la peine, suivant [illegible] est celle des travaux forcés à perpétuité, ou celle des tra-

[illegible]

[illegible]

vaux forcés à temps (C. p., art. 384 et 385). Pour l'existence de cette circonstance aggravante, il n'est pas nécessaire que le voleur ait fait ou qu'il ait cherché à faire usage de ses armes : c'est évident, puisque, d'une part, cette circonstance résulte même du port d'armes qui sont restées cachées ; et que, d'autre part, l'usage même des armes est un acte de violence et constitue une autre circonstance aggravante distincte du port d'armes.

Nous avons déjà déterminé ce qu'on doit entendre par armes. Nous renvoyons à nos explications antérieures[52].

2202. Le concours de plusieurs agents à la perpétration du vol, multiplie les moyens d'action de chacun et, par conséquent, les dangers que court la victime ; il facilite l'exécution du délit ; il fait présumer, chez les auteurs du vol, l'intention d'user de violence ; enfin, il est la manifestation effective d'une de ces associations criminelles, préparées ou spontanées, toujours si périlleuses pour l'ordre social[53]. Toutefois, cette circonstance, comme celles de nuit, de maison habitée, d'escalade, d'effraction, n'est pas, par elle seule et par elle-même, une cause d'aggravation de la pénalité du vol. Ainsi, la soustraction commise le jour, sur une place publique, par deux ou plusieurs filous, rentre dans les termes ordinaires de l'article 401. La coopération de plusieurs personnes n'est, en effet, une cause

[52] La définition de l'article 101, donnée seulement à l'occasion des bandes armées ayant pour but de commettre les crimes mentionnés en l'article 96, doit, en effet, régir tous les autres cas prévus par le Code pénal, comme si elle avait été insérée dans la partie générale de ce Code.

[53] Cette circonstance a une importance telle qu'elle devrait être érigée en circonstance aggravante générale. Voy. dans ce sens : Sighele, *La teorica positiva della complicita*, Turin, 1894 ; Cuche, *Une théorie nouvelle de la complicité*, 1896. Comp. *suprà*, t. II, nos 578, 646. Les Codes du Portugal (art. 34 § 7), de Zurich (§ 37, f.) sont entrés dans cette voie. Le Code pénal italien, sans aller aussi loin, déclare que le concours de plusieurs délinquants est une circonstance aggravante, dans la violence privée (art. 154), dans la violation de domicile (art. 157), dans l'abus d'autorité (art. 187 et 190), dans l'évasion (art. 230); dans la violence et la résistance à l'autorité (art. 187, 196), dans la violence charnelle (art. 334), dans le vol (art. 406, no 9), dans la rapine (art. 408), dans l'usurpation (art. 422), dans le dommage (art. 425). Voy. Alimena, *op. cit.*, t. III, p. 687.

[illegible] lorsqu'elle se réunit à d'autres faits également [illegible] point de vue, il est utile de tracer une sorte [illegible] ensemble de la théorie légale. *a*) Le vol commis [illegible] plusieurs personnes entraîne la réclusion, lorsque. [illegible] vol a été commis, soit la nuit, soit dans une mai[illegible], soit dans un édifice consacré aux cultes (C. p., art. [illegible] sont les travaux forcés à temps qui doivent être [illegible], lorsque le vol, perpétré par plusieurs personnes, a [illegible] commis, en outre, soit, aux termes de l'article 385, la nuit [illegible] avec port d'armes, soit, aux termes de l'article 383, sur un chemin public, soit, aux termes de l'article 382, à l'aide de vio[illegible], et, de plus, avec l'une des circonstances de nuit, de port d'armes, ou d'effraction, ou d'escalade, dans une maison habitée. [illegible] Enfin, le vol commis, par deux ou plusieurs personnes, comporte la peine des travaux forcés à perpétuité, dans deux cas : 1° s'il est commis avec les quatre circonstances prévues par l'article 381 ; 2° s'il est commis sur un chemin public, et, de plus, avec l'une de ces circonstances (C. p., art. 383).

2203. Le Code pénal attache l'aggravation à ce fait que le vol a été « *commis par deux ou plusieurs personnes* ». Que faut-il entendre par là? Deux propositions sont certaines, parce qu'elles sont la contre-partie l'une de l'autre[54]. D'abord, le cas de participation de plusieurs personnes au fait direct de la soustraction : qu'un accord ait ou non précédé le délit, qu'il y ait eu vol commis en corréité, qu'il y ait eu des vols commis collectivement, la situation est bien celle que prévoit directement la loi[55]. Le crime ou le délit n'est plus, dans ces cas, le fait d'un seul ; il est bien commis par deux ou plusieurs personnes, qui se réunissent pour l'exécuter. Mais, à l'inverse, cette situation

[54] Ces deux propositions sont admises par tous les criminalistes. Comp. Blanche, t. V, n° 510 ; Chauveau et Hélie, t. V, n° 2076. La jurisprudence est également constante sur ces points.

[55] Il ne faut pas, en effet, hésiter à dire que le concert préalable des voleurs n'est pas une condition nécessaire de l'aggravation de peine. La question n'a jamais été contestée en France. Elle n'a pas été de même en Italie. Voy. Cass. pén. de Rome, 14 sept. et 10 nov. 1884 *Revist. penale*, XXI, 66, 245, avec notes.

n'existerait pas si l'auteur principal du vol n'avait eu des *complices* que dans les faits qui ont préparé ou facilité le vol, ou dans ceux qui ont eu pour but d'en recéler le produit[56]. Le nombre des agents qui participent au délit, est, dans ce cas, une circonstance indifférente, qui n'augmente pas le danger du vol. Qu'importe, en effet, que celui qui a soustrait ait été provoqué par dons ou promesses, ait reçu des instructions pour commettre le vol, ait pu, grâce à l'aide d'un recéleur, mettre à l'abri les objets volés? Est-ce que la soustraction même n'a pas été commise par une seule personne?

Toute la difficulté porte donc sur la situation intermédiaire : le vol a bien été commis par un seul agent, mais cet agent a eu des complices dans les actes qui ont servi à l'*exécuter*. Peut-on dire, dans ce cas, que le vol ait été commis par plusieurs personnes? La jurisprudence ne distingue pas, à ce point de vue, la *coopération accessoire* de la *coopération principale*. Elle voit un vol commis en nombre, lorsqu'à côté de l'auteur de la soustraction, se trouvent un ou plusieurs individus qui ont pris part aux actes d'exécution, qui ont aidé à consommer le vol, soit par leur concours actif, soit, au moins, par leur présence ou leur surveillance. Elle affirme, par exemple, « qu'un vol commis dans une maison par un individu, tandis qu'un autre fait la garde en dehors de cette maison, est évidemment un vol commis par deux personnes, puisque, dans ce cas, les deux individus coopèrent au même fait de vol[57]. » Ainsi encore, le fait, de la part d'un individu, d'avoir saisi seul une bourse appartenant à autrui, et de l'avoir remise de suite à un autre individu qui l'assistait et l'aidait à la consommation de cette soustraction constituerait un vol commis par deux personnes, et non par une seule personne dont une autre se serait rendue complice[58]. Dans ce système, l'élément d'aggravation existe dès que le vol est commis *en réunion* de plusieurs personnes, deux au moins, sans qu'il y ait à distinguer le rôle de chacune dans

[56] Cass., 31 janvier 1835 (*B. cr.*, n° 46).

[57] Cass., 9 avril 1813 (S. *Coll. nouv.*, t. IV, 1. 329).

[58] Cass., 30 juin 1832 (*B. cr.*, n° 241).

sa perpétration [59]. Nous avons quelque peine à admettre cette solution, non qu'elle ne soit pas rationnelle, mais parce qu'elle n'est pas légale. Dans cette circonstance aggravante, consistant en ce que le vol a été commis par deux ou plusieurs personnes, il est clair, en effet, qu'il s'agit d'agents ayant coopéré matériellement à l'exécution même du vol [60].

2204. Mais de ce que les auteurs mêmes du vol ne seraient pas connus ou de ce que le jury n'aurait déclaré coupable que l'un d'eux, il ne faudrait pas conclure que le vol n'ait pu être commis par plusieurs personnes [61].

§ CXL. — DES VOLS AGGRAVÉS PAR L'EMPLOI DE LA VIOLENCE.

(C. p., art. 381, 382 et 383).

2205. Du vol commis avec violence. Deux formes. — **2206**. Le vol avec violence, la rapine, ne forme pas l'objet de dispositions spéciales. La violence est une circonstance simplement aggravante. — **2207**. De la peine du vol avec violence. Distinctions. — **2208**. Ce qu'il faut entendre par violence au point de vue du vol. — **2209**. Eléments de la circonstance aggravante. — **2210**. Du caractère objectif ou subjectif de la circonstance aggravante de violence. — **2211**. Renvoi en ce qui concerne l'extorsion.

2205. La violence est de toutes les circonstances du vol la plus caractéristique. Elle est une cause d'aggravation de la peine, parce qu'elle rend le délinquant plus redoutable, parce qu'à la lésion du droit de propriété, qui est l'objet du délit, s'ajoute la violation de la liberté individuelle, parce que la violence diminue, pour la victime, la possibilité de se défendre, parce qu'elle fait surgir un péril pour la sécurité des personnes, en un mot parce qu'elle augmente l'alarme publique [1]. Notre

[59] Ce système a été consacré législativement par le Code pénal italien, art. 404, n° 9 : « Si le fait est commis en réunion de trois personnes ou d'un plus grand nombre. »

[60] Voy. Ortolan, *op. cit.*, t. I, n° 1315, p. 636.

[61] Cass., 22 août 1867 (*B. cr.*, n° 201). Comp. Blanche, t. V, n° 512. Même s'il y avait parmi ces personnes des irresponsables.

§ CXL. [1] Sur cette circonstance aggravante du vol : Alimena, *op. cit.*, t. III, p. 650 à 669.

législation prévoit deux formes du *furtum violentum* : le vol avec *violences* ou *menaces*, et l'*extorsion*[2].

2206. Le vol avec violences, la *rapine*, ne forme pas l'objet de dispositions particulières dans le Code pénal français. Il est simplement question de cette circonstance, à propos des autres circonstances aggravantes du vol.

2207. Le seul emploi de la violence pour commettre une soustraction frauduleuse, indépendamment de tout autre élément, rend le vol passible des travaux forcés à temps. Le système pénal du Code de 1810 a été, du reste, successivement modifié par les lois de revision du 28 avril 1832 et du 13 mai 1863. Le Code pénal punissait de mort les vols commis avec les cinq circonstances mentionnées dans l'article 381, et de la peine des travaux forcés à perpétuité les vols spécifiés dans l'article 382, c'est-à-dire ceux qui étaient commis à l'aide de violence et, de plus, avec deux des quatre premières circonstances prévues par l'article précédent. Ces peines avaient paru trop rigoureuses. La loi du 28 avril 1832 remplaça, dans l'art. 381, la mort par les travaux forcés à perpétuité, et dans l'art. 382, les travaux forcés à perpétuité par les travaux forcés à temps. Cet abaissement de pénalité eut pour conséquence une anomalie. L'article 382 ne punissait les vols avec violence des travaux forcés à temps que dans le cas où ils étaient commis avec deux des quatre premières circonstances prévues par l'article 381. L'article 385 punissait, également, de la peine des travaux forcés à temps le vol avec violence, au cas même où la violence n'était accompagnée d'aucune autre circonstance. Cette anomalie a été corrigée par la loi du 13 mai 1863. « Pour arriver à ce résultat, porte

[2] Le Code pénal italien en distingue trois formes : la *rapine* (art. 406 et 408), l'*extorsion* (art. 407 à 409), le *rançonnement* (art. 410). La notion de la rapine comprend les divers modes d'emploi de la violence, non seulement pour perpétrer le vol, mais encore après l'avoir commis, soit pour se maintenir en possession de la chose volée ou pour la transporter, soit pour assurer l'impunité du coupable, des auteurs ou des complices. L'extorsion a une portée analogue à celle du délit de ce genre que prévoit l'art. 400 du C. p. français. Quant au rançonnement, il consiste à séquestrer une personne afin d'obtenir d'elle ou d'une autre, comme prix de sa libération, de l'argent, etc.

l'exposé des motifs, il a paru logique et juste de ramener l'article 382 au système de l'article 385, c'est-à-dire de considérer la violence comme une circonstance assez aggravante pour motiver seule la peine des travaux forcés à temps. La rédaction du premier paragraphe de l'article 382 a été modifiée dans ce sens; et l'on a retranché de l'article 385, comme faisant double emploi, ce qui était relatif à la violence. »

Aujourd'hui, il faut donc distinguer quatre situations. *a*) La première est prévue par l'article 385 : « Sera puni des travaux forcés à temps tout individu coupable de vol commis à l'aide de la violence ». *b*) La seconde, prévue par le même article, suppose que « la violence, à l'aide de laquelle le vol a été commis, a laissé des traces de blessures ou de contusions ». Cette circonstance suffit pour que la peine des travaux forcés à perpétuité soit encourue. L'emploi de la violence et le fait que cette violence a laissé des traces de blessures ou de contusions, constituent, par conséquent, deux circonstances distinctes, sur lesquelles le jury doit être interrogé séparément, à peine de nullité[3]. *c*) L'article 381 prononce également la peine des travaux forcés à perpétuité, si les coupables ont commis le vol avec la réunion des cinq circonstances de nuit, de corréité, de port d'armes, d'introduction frauduleuse dans la maison et *avec violence ou menace de faire usage de leurs armes*. *d*) Enfin, aux termes de l'article 383, les vols commis sur les chemins publics, emporteront la peine des travaux forcés à perpétuité, lorsqu'ils auront été commis avec deux des circonstances prévues dans l'article 381. Ils emporteront la peine des travaux forcés à temps, lorsqu'ils auront été commis avec une seule de ces circonstances. Or, parmi ces circonstances, se trouve l'emploi de la violence, ou la menace, de la part des voleurs, de faire usage de leurs armes[4].

[3] Jurisprudence constante : Cass., 2 septembre 1880 (*B. cr.*, n° 175); 20 mars 1884 (*B. cr.*, n° 94); 16 janv. 1892 (*B. cr.*, n° 13); 9 janv. 1899 (S. 1900. 1. 541).

[4] Les actes de brigandage qui, dans certains pays, l'Italie, par exemple, sont si fréquents et si étendus, n'ont pas été l'objet de prévisions spéciales. Ils rentrent, suivant les circonstances, dans l'une des catégories de vols avec

2208. Mais il s'agit de déterminer, en l'absence de toute définition dans le Code pénal, ce qu'on doit entendre par ces *violences* qui sont aggravantes du vol. Deux indications seulement résultent des dispositions de la loi, et elles doivent être retenues, car elles sont caractéristiques. D'une part, la loi considère, comme un acte de violence, et assimile, à l'emploi de la violence, la *menace* de l'agent de faire usage de ses armes (C. p., art. 381). C'est qu'en effet, il y a deux espèces de violences : les *violences physiques* et les *violences morales*. Les premières seules, c'est-à-dire les *voies de fait*, ont paru suffisamment graves, pour élever le vol simple au rang des crimes. Parmi les violences morales, c'est-à-dire parmi les *menaces*, les seules, auxquelles la loi ait donné ce caractère, sont les menaces de faire usage des armes. Par conséquent, les autres menaces, quelle que soit la gravité du péril que peut craindre la victime du vol, n'ont point été placées parmi les circonstances aggravantes de ce délit. D'autre part, les articles 382 et 385 distinguent les violences qui ont laissé des traces de blessures et de contusions et celles qui n'ont laissé aucune trace. Il suit de là que les violences sont caractérisées par toute *voie de fait*, quels qu'en aient été la gravité et le résultat.

2209. Les éléments de la circonstance aggravante qui nous occupe sont donc au nombre de trois : 1° Il faut que la violence soit exécutée sur la personne du propriétaire ou détenteur de l'objet volé, ce qui suppose sa présence sur le lieu du délit; 2° Que cette violence précède ou accompagne le vol; 3° Qu'elle soit un moyen pour l'agent d'arriver à le réaliser.

a) Les violences, dans le sens de la loi, comprennent toutes les voies de fait qui sont dirigées contre les personnes. Ainsi, l'acte qui consiste à s'emparer violemment d'un objet que tient une personne, le fait de retenir la victime pendant l'exécution du vol, le fait de lui voiler la tête pour l'empêcher de reconnaître ses agresseurs, le fait de lui arracher une clef, tous ces actes, bien qu'ils ne portent aucune atteinte à la sûreté des person-

violence. Voy. dans le C. p. italien, les art. 408 à 411, qui prévoient spécialement les actes de brigandage.

[illegible] mettent pas en péril, constituent des *voies de* [illegible] conséquent, des *actes de violence*. Le caractère de [illegible] n'est limité qu'au point de vue de leur objet. Il [illegible] que ces actes soient dirigés, non contre les *choses* ou [illegible], mais contre les *personnes*, propriétaires ou gar- [illegible] les valeurs que l'agent cherche à soustraire. Les *mena-* [illegible] les violences morales, quelle qu'en soit la gravité, [illegible] pas comprises dans les termes de la loi, à l'exception de [illegible] qui consiste, de la part de l'agent, à faire usage de ses armes, [illegible] assimilée à la violence physique par la loi elle-même.

[illegible] toutes les circonstances qui ont pour but de concourir à [illegible] perpétration du vol doivent précéder ou accompagner le crime: [illegible] violence n'est pas, à ce point de vue, d'une autre nature que [illegible], l'effraction ; c'est *à l'aide de la violence*, en effet, [illegible] le vol doit avoir été commis pour que sa criminalité s'ag- [illegible]. Si donc l'agent a usé de violences, non point pendant [illegible] du vol et pour assurer cette exécution, mais, parce qu'il a été, plus tard, arrêté par des agents de la force publique qui le soupçonnent de transporter les marchandises volées, ces violences n'ont pas le caractère de la circonstance aggravante prévue par les articles 381, 382 et 383. Toute la question est de savoir, — et nous l'avons déjà discutée, — à quel moment le vol est définitivement consommé, et s'il consiste dans le fait unique de l'appréhension de la chose, ou s'il se continue jusqu'à l'enlèvement de la chose appréhendée du lieu où elle se trouvait placée.

c) La violence est ici prévue comme moyen d'exécution du vol : il est bien évident, que si les voies de fait étaient exercées dans un autre but, par exemple, pour parvenir à un viol, on ne pourrait les rattacher à un vol qui aurait été commis par la même occasion. Mais la violence, lorsqu'elle a pour fin la soustraction d'une chose mobilière, modifie le caractère du vol et l'aggrave, quel que soit le lieu de la perpétration. Il a pu être décidé, par conséquent, sans difficulté, que le vol commis avec violence, dans une maison d'arrêt, par plusieurs détenus, envers leurs codétenus, tombait sous le coup de l'aggravation pénale[1].

[1] Cass., 1er mars 1816 (S. Coll. nouv., t. V, 1. 161).

2210. La violence est-elle une circonstance personnelle aggravant seulement la culpabilité de celui qui en a usé? est-elle, au contraire, une circonstance réelle, modifiant la criminalité du vol, pour tous les auteurs ou complices de l'infraction, même à l'égard de ceux qui n'ont pris personnellement aucune part aux actes de violence? La question se rattache à la théorie de la complicité. Nous savons que la jurisprudence française y voit une circonstance de fait, commune à tous ceux qui y ont participé[6].

2211. Du vol avec violence ou menace de la part de l'agent de faire usage de ses armes, le Code a rapproché, avec raison, l'extorsion de la signature ou de la remise d'un écrit, d'un acte, d'un titre, d'une pièce quelconque, contenant ou opérant obligation, disposition ou décharge. Mais comme l'article 400 qui ne prévoyait que ce délit dans le Code pénal de 1810 a reçu plusieurs additions, et comme, aujourd'hui, les faits prévus, bien que rattachés au vol, ont certainement des caractères particuliers et constituent des délits spéciaux, je m'en occuperai, dans un paragraphe spécial, après avoir épuisé la matière du vol qualifié.

§ CXLI. — COMBINAISON ET CONCOURS DES CIRCONSTANCES AGGRAVANTES DU VOL.

(C. p., art. 381 à 386 ; art. 390 à 399).

2212. Les circonstances aggravantes du vol étudiées séparément doivent être réunies dans une étude d'ensemble. — **2213.** Circonstances aggravantes qui ne qualifient le vol que lorsqu'elles se combinent entre elles. — **2214.** Trois règles gouvernent la combinaison des circonstances aggravantes du vol. — **2215.** Observations générales sur la position des questions au jury.

2212. Les circonstances aggravantes du vol ont été étudiées isolément ; mais il faut les rapprocher et calculer l'effet qu'elles produisent sur la mesure de la répression lorsqu'elles sont réunies.

[6] Voy. par exemple: Cass., 23 mai 1879 (*B. cr.*, n° 105); 5 janvier 1882 (*B. cr.*, n° 3); 7 janv. 1899 (S. 1900. 1. 541), et la note.

nes, qu'ils [illegible] que je rappelle, c'est q[illegible]
fait et, par [illegible] est un certain nombre qui ne [illegible]
ces vices de [illegible] que lorsqu'elles se combinent [illegible]
faut [illegible] vol a été commis la *nuit* n'est [illegible]
les *[illegible]* [illegible] lorsqu'il y a *concours de plusieurs*
dic[illegible] [illegible] *du vol* : l'*escalade*, l'*effraction*, l'*usurpation d'un faux titre*, *d'un faux*
ces, [illegible] [illegible] effet que lorsque ces moyens [illegible]
[illegible] [illegible] dans une *maison habitée* ou dans
[illegible] vrai de dire qu'en général, le v[illegible]
[illegible] concours de plusieurs circonstances.
[illegible] faits, dont la gravité est telle, que
[illegible] agissent sur la qualification du v[illegible]
[illegible] qu'une seule des circonstances su-
[illegible] au vol le caractère de crime : 1° Lors-
[illegible] *alités* énoncées aux §§ 3 et 4 de l'ar-
[illegible] était *porteur d'armes apparentes* ou
[illegible] § 2 ; 3° lorsque le vol a été commis *à*
art. 382 ; 4° lorsqu'il l'a été *sur un chemin*
[illegible] ; 5° lorsque le vol a été commis avec une
[illegible] vues par le § 4 de l'article 381 C. p.,

[illegible] circonstances aggravantes du vol.
[illegible] qui résument nos explications
[illegible]
[illegible] la loi a tenu compte du [illegible]
[illegible] pour établir son échelle de
[illegible] circonstances, dont une seule
[illegible] plus forte. Si les violences ont
[illegible] contusions (C. p., art. 382,
[illegible] à perpétuité ; si les
[illegible] avec l'une des cir-
[illegible] c'est la peine des travaux
[illegible] art. 383, § 2) ; si les vols
[illegible] personnes, soit, avec une
[illegible] habitée, les travaux for-
[illegible] art. 384). Le concours

de trois circonstances est également prévu dans les cas suivants : lorsque le vol, sur un chemin public, a été commis avec deux des circonstances visées dans l'article 381 ; lorsque le vol a été commis, la nuit, dans un lieu habité, et par deux ou plusieurs personnes ; lorsqu'il a été commis, avec deux de ces circonstances, et, en outre, avec port d'armes apparentes ou cachées (C. p., art. 383, 385). Enfin, l'article 381 prévoit la réunion de cinq circonstances aggravantes et prononce, dans ce cas, non plus la peine de mort, mais celle des travaux forcés à perpétuité.

b) La seconde règle, c'est qu'il n'est pas permis aux juges de substituer leurs propres combinaisons aux combinaisons légales. La présence d'une nouvelle circonstance ne justifie une aggravation de peine que dans le cas où la loi en a réglé l'effet. Ainsi le vol commis, la nuit, par plusieurs personnes, avec port d'armes, n'encourt que la peine des travaux forcés à temps, lors même que ce vol aurait été exécuté avec escalade dans une maison habitée. Il ne suffit donc pas qu'il existe une circonstance nouvelle dont la loi fait, en général, une cause d'aggravation du vol, il faut que la loi en ait prévu l'effet et qu'elle en ait calculé la combinaison sur la pénalité.

c) Enfin, la troisième règle c'est que chaque circonstance aggravante, même en cas de concours, doit conserver ses caractères propres. Par conséquent, au point de vue du fond du droit, il faut, pour chacune d'elles, examiner si elle réunit les conditions exigées par la loi. Et, quant à la procédure, chacune d'elles doit faire l'objet de questions distinctes posées au jury.

2215. Mais, à ce dernier point de vue, il y a lieu de tenir compte de trois observations essentielles.

a) Les circonstances aggravantes devront, bien entendu, être détachées et faire l'objet d'une question spéciale, distincte de la question de culpabilité.

Ainsi, les circontances aggravantes, prévues par l'article 381, peuvent être ainsi présentées au jury :

Le vol a-t-il été commis la nuit? A-t-il été commis par deux ou plusieurs personnes?

Le vol a-t-il été commis, *soit* à l'aide d'effraction extérieure,

ou [illegible] dans une ma
[illegible] ou servant
[illegible] *ou* en prenant le titre d'un
public ou d'un officier civil ou militaire, *ou* en allé
ordre de l'autorité civile ou militaire?

Le coupable *ou* les coupables a-t-il *ou* ont-ils
avec violence *ou* menace de faire usage de ses
leurs armes?

Les circonstances aggravantes de l'article 385
formulées ainsi :

Ladite soustraction a-t-elle été commise :

1° La nuit;

2° Dans une maison habitée ou dans un édifi
l'un des cultes légalement établis en France;

3° Par deux ou plusieurs personnes;

4° Avec port d'armes apparentes ou cachées?

Les questions relatives aux diverses circonstan
tes mentionnées dans l'article 386 seront posées
les termes suivants :

La dite soustraction a-t-elle été commise :

1° La nuit;

2° [illegible]

b) Lorsque le vol n'est aggravé que par un fait complexe, c'est-à-dire lorsque la loi exige, pour augmenter la pénalité du vol, la réunion de plusieurs circonstances, deux procédés peuvent être *légalement* employés dans la position des questions au jury, soit celui qui consiste à réunir ces faits, c'est-à-dire à en comprendre tous les éléments dans la même question, soit celui qui consiste à les diviser, c'est-à-dire à poser une question relativement à chacun d'eux [1].

c) Si des questions distinctes doivent être posées relativement à chaque accusé sur le fait principal, il n'en est pas de même relativement aux circonstances aggravantes du vol. Dans l'opinion de la jurisprudence qui voit, dans toutes ces circonstances, des éléments objectifs d'aggravation, il suffit d'énoncer les circonstances aggravantes du vol à l'égard de l'un des accusés, pour que les autres en subissent les conséquences légales [2].

§ CXLII. — DE L'EXTORSION DE SIGNATURE OU DE TITRE.

(C. p., art. 400 § 1).

2216. Extorsion de titre et chantage. — **2217**. Différence entre l'extorsion de titre et le vol. — **2218**. Ressemblances. — **2219**. Moyens employés pour commettre l'extorsion. — **2220**. Résultat obtenu. — **2221**. Extorsion de blanc seing. — **2222**. Question au jury.

2216. L'article 400 du Code pénal, qui ne prévoyait que le crime d'extorsion de titre, a reçu plusieurs additions depuis 1810. La loi du 28 avril 1832 y a introduit le délit de détournement des objets saisis. La loi du 13 mai 1863 y a ajouté deux dispositions, l'une qui a pour objet une forme d'extorsion connue sous le nom de *chantage;* l'autre qui prévoit le détournement et la destruction des objets donnés à titre de gage. Ce groupe-

§ CXLII. [1] Voy. sur ce point particulièrement : BLANCHE, t. V, n° 519, 533, 589.

[2] C'est ainsi, par exemple, que la violence aggrave le vol pour tous les auteurs ou complices de la soustraction, même à l'égard de ceux qui n'ont pris personnellement aucune part aux actes de violences. Cass., 23 mai 1879 (*B. cr.*, n° 105) ; 5 janvier 1882 (*B. cr.*, n° 3) ; 7 janv. 1899 (S. 1900. 1. 541) et la note.

ment de délits divers n'a été fait que pour respecter le numérotage des articles. Nous nous occuperons d'abord de l'extorsion et du chantage qui ont des points d'affinité, puis du détournement d'objets saisis ou donnés à titre de gage.

C'est qu'en effet l'emploi de la violence pour détourner ou obtenir la chose d'autrui et se l'approprier caractérise un groupe de délits qui comprend : 1° l'extorsion de signature ou de titre (C. p., art. 400, § 1) ; 2° le chantage (C. p., art. 400 § 2) ; 3° les extorsions commises à l'aide de menaces de mort (C. p., art. 305), ou d'incendie (C. p., art. 436); 4° les vols avec violence (C. p., art. 381 et 382) [1].

2117. Le § 1 de l'article 400 définit ainsi le crime d'extorsion : « Quiconque aura extorqué par force, violence ou contrainte, la signature ou la remise d'un écrit, d'un acte, d'un titre, d'une pièce quelconque contenant ou opérant obligation, disposition ou décharge, sera puni de la peine des travaux forcés à temps. »

Bien que le crime d'extorsion soit une espèce de vol commis

§ CLXII. [1] Voy. les observations de PLANIOL (*Dol civil et dol criminel, Rev. crit.* 1893, p. 659) sur l'emploi de la violence pour obtenir la chose d'autrui. « Il y a, dit-il, une autre catégorie d'infractions qui sont [illegible] le vice de consentement appelé *violence* dans le même rapport que [illegible] avec le dol. On peut obtenir d'une personne des sacrifices [illegible] seulement en la trompant, mais, en lui faisant peur. L'emploi [illegible] violence est réprimé par la loi pénale, comme l'emploi du dol. L'in[illegible] porte alors en droit pénal le nom d'*extorsion*, seulement l'extorsion [illegible] nettement dans le Code pénal français. Nous ne con[illegible] que l'*extorsion de signature* prévue par l'art. 400. [illegible] *chantage*, auquel la loi du 13 mai 1863 a fait une place à part [illegible] même article, al. 2, n'est, lui aussi, qu'une variété de l'ex[illegible] d'ailleurs assez mal placés, au milieu des vols, [illegible] ressemblent guère. Les extorsions commises à l'aide de me[illegible] d'incendie sont dispersées dans le Code : quand [illegible] avec l'intention d'obtenir de l'argent ou autre chose, [illegible] extorsion bien caractérisée. Enfin certains actes de [illegible] lequel l'auteur du crime se fait remettre par la victime [illegible] dépouille sans les prendre lui-même, mériteraient égale[illegible] du vol et classés parmi les extorsions. Actuellement [illegible] avec les vols commis à main armée ou avec violence. Le [illegible] sous le nom de rapine ou de rançonnement. » [illegible] *op. cit.*, t. III, p. 658.

avec violence, et figure, dans la nomenclature du Code pénal français, sous la rubrique « vols », il diffère de la soustraction frauduleuse à deux points de vue caractéristiques. *a*) D'abord par son *objet:* ce qui est extorqué par l'agent, c'est un *titre juridique*, contenant obligation ou décharge, dont la valeur dépend de certaines éventualités. Il existera ordinairement un intervalle de temps entre la mise en œuvre du titre obtenu et le moyen délictueux par lequel on l'aura extorqué. La victime aura donc le temps de se retourner, d'éviter, en définitive, le préjudice auquel on l'a forcé de souscrire[2]. Il résulte de cette observation que l'extorsion, dans une législation rationnelle, devrait être punie d'une peine moindre que le vol commis avec violence. L'assimilation établie, à ce point de vue, par le Code pénal, entre le crime d'extorsion et celui de rapine, nous paraît donc exagérée. *b*) D'un autre côté, l'extorsion n'a pas lieu, comme le vol, contre le gré du propriétaire. De celui-ci, on peut dire *coactus voluit sed voluit.* L'obtention, soit de la signature, soit de la remise d'un écrit suppose que le signataire a été amené lui-même à signer ou à remettre l'écrit. Entre le vol et l'extorsion, s'il y a une analogie, il n'y a pas une similitude de nature. Si donc un fait d'extorsion était accompli sans l'emploi de la force, de la violence ou de la contrainte, il ne dégénérerait en vol simple que s'il présentait d'ailleurs les caractères de la soustraction frauduleuse. La Cour de cassation semble, il est vrai, avoir jugé le contraire dans divers arrêts conçus, à peu près, dans les mêmes termes[3]: « Attendu que le législateur a rangé l'extorsion prévue et punie par l'article 400 du Code pénal, dans la classe des vols; qu'il suit nécessairement de là que, si l'extorsion se trouve dépouillée des trois circonstances de force, violence ou contrainte qui en font un crime et la rendent passible

[2] La différence entre la *rapina* et l'*estorsion*, suivant le rapport ZANARDELLI sur le projet de C. p. italien, CLXX, « c'est que la rapine implique un acte de violence qui opère immédiatement et l'extorsion un acte de violence qui opère avec quelque intervalle, pour arriver au même but criminel. »

[3] Cass., 30 avril 1830 (S. *Coll. nouv.*, 9. 1. 508); 7 octobre 1831 (*B. cr.*, n° 247); 8 février 1840 (S. 40. 1. 651). Dans le même sens: CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 2124.

des travaux forcés à temps, elle rentre dans la classe des vols simples, prévus et punis par l'article 401 du même Code. » Mais la Cour suprême a évidemment renoncé à cette manière de voir, lorsqu'elle a décidé que la force, la violence ou la contrainte étaient des circonstances constitutives et non aggravantes de l'extorsion et que, par conséquent, avant la loi du 9 juin 1853, les moyens d'obtenir la signature ou la remise du titre devaient figurer dans la question principale : « Attendu que le fait d'extorsion prévu et puni par l'article 400 du Code pénal, n'est pas un fait de vol avec la circonstance aggravante de force, violence ou contrainte, mais constitue un crime distinct et séparé, dont le caractère de criminalité se complète par la violence, la force ou la contrainte, et qu'il cesserait d'exister avec sa dénomination et ses conséquences pénales, si les circonstances de violence, force ou contrainte venaient à manquer ; d'où il suit qu'en posant la question d'extorsion avec les caractères précités, le président n'a point violé la loi du 13 mai 1836, mais s'est, au contraire, conformé à l'article 400 du Code pénal[4]. »

2218. Il ne faudrait pas, du reste, détacher complètement le crime qui nous occupe des infractions sous la rubrique desquelles il est, avec quelque raison, groupé par le Code pénal. L'extorsion, de même que le vol avec violence, ne puise pas sa nature propre dans l'atteinte à la liberté de la personne qu'elle implique, mais bien plutôt dans l'attentat au droit de propriété qui est l'objectif du coupable[5]. C'est pourquoi le crime d'ex-

[4] Cass., 15 mai 1847 (S. 47. 1. 637) ; 19 août 1852 (D. 52. 5. 263) ; 14 novembre 1890 (*Pand. franc.*, 1891. 1. 278). Comp. BLANCHE, t. VI, n°s 67 et 68.

[5] Nous avons vu que, dans un premier système, autrefois admis par la Cour suprême, on décidait qu'il y avait, dans ce crime, un véritable vol. C'est encore l'opinion soutenue par CHAUVEAU et HÉLIE, *op. cit.*, t. V, n° 2123, qui invoquent deux arguments : d'abord, la place de l'article 400, qui se trouve dans la section qui a pour rubrique « vols », et qui précède l'article 401, lequel dit : les autres vols non spécifiés, etc. ; ensuite, le but même de l'extorsion, qui est d'enlever un écrit, un acte, etc. La Cour de cassation avait tiré de ce point de vue deux conséquences, en décidant que l'extorsion de signature entre époux n'était pas punissable par application de l'article 380 du Code pénal (Cass., 6 février 1840, *Journ. du dr. crim.*, art. 2080), et que l'extorsion, débarrassée des circonstances aggravantes de

torsion ne peut être considéré comme consommé tant que la remise du titre juridique obtenu par force, violence ou contrainte n'a pas eu lieu. La signature ou la remise du titre, tel est donc l'élément matériel du crime. Cette circonstance est nécessaire pour constituer l'infraction, mais elle est suffisante. Alors même, par conséquent, que l'agent ne pourrait se servir du titre, par exemple du testament qu'il a obtenu, alors même qu'il ne pourrait se faire mettre en possession de l'héritage qu'il a cru s'assurer par ce moyen, le crime d'extorsion n'en serait pas moins consommé. Quant à l'élément intentionnel de ce genre d'infraction, il résulte de l'intimidation employée comme moyen, et de la signature ou de la remise du titre comme but. Reprenons, en effet, sucessivement les deux conditions du crime d'extorsion.

2219. La première, c'est qu'il y ait eu extorsion par force, violence ou contrainte. En énumérant ces trois modes d'exécution du crime, la loi a voulu atteindre toutes les espèces de violence : la *violence physique* et la *violence morale*. Mais l'une ou l'autre doit être suffisamment grave et précise pour que le consentement puisse être dit *extorqué*. La dénomination du crime caractérise, en effet, la nature et l'intensité du moyen employé. Il ne s'agit pas, ici, de la contrainte, cause de non-culpabilité, qui doit, pour produire cet effet, être telle qu'il n'ait pas été possible d'y résister ; il s'agit d'un moyen d'intimidation, exclusif du consentement libre, de nature, par con-

force, violence et contrainte, devenait un vol simple puni par l'article 401 du Code pénal. Mais cette opinion n'est plus suivie, les arguments sur lesquels elle s'appuie ne résistant pas à la discussion. C'est ce que la Cour de cassation a très bien senti, et, revenant sur sa jurisprudence antérieure, elle décide, aujourd'hui, que l'extorsion de signature constitue un délit spécial et non un vol aggravé ; elle en conclut que tous les éléments constitutifs de ce délit doivent être précisés dans une question unique posée au jury. Mais elle a maintenu, même avec cette doctrine nouvelle, l'immunité accordée entre époux, parents ou alliés en ligne directe. L'article 380 ne s'applique pas seulement aux vols, mais à tous les délits contre la propriété. Mais l'extorsion ne pourrait être considérée comme un vol au point de vue de la relégation (L. 27 mai 1885, art. 4, § 2) ou de la récidive (C. p., art. 58). Voy. MOLINIER, *op. cit.*, t. II, p. 396.

séquent, à faire impression sur une personne raisonnable, un moyen tel qu'il ait pu lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. L'appréciation, toute relative et toute concrète, du degré de la violence, est abandonnée au juge du fait.

L'emploi de ces trois moyens d'extorsion, la force, la violence, la contrainte, n'est pas *cumulativement* exigé par la loi; il suffit que l'un existe pour qu'il y ait extorsion; et, par conséquent, le crime serait suffisamment caractérisé, s'il était reconnu qu'il a été accompli à l'aide de la contrainte, alors même qu'il n'aurait été employé ni force ni violence[6].

2220. La seconde condition du crime, c'est que la violence physique ou morale ait eu pour objet d'extorquer la signature ou la remise d'un écrit, d'un acte, d'un titre, d'une pièce quelconque, contenant ou opérant obligation, disposition ou décharge. Il est nécessaire de décomposer cet élément de l'extorsion pour en préciser la portée.

a L'extorsion peut avoir pour objet une *signature* ou une

[illegible] individu était accusé d'avoir extorqué des signatures et des actes par force, par violence ou par contrainte. Les jurés déclarent que l'extorsion [illegible] par force ou par violence et qu'il n'y avait eu emploi que [illegible] l'accusé fut condamné à la peine des travaux [illegible] cassation. Le pourvoi fut rejeté : « Attendu que [illegible] a précisé trois modes distincts au moyen des- [illegible] l'extorsion de signature ou de remise d'actes ou [illegible] article, et que ces trois modes sont la force, la vio- [illegible] qu'ainsi les jurés ont pu et dû, d'après leur convic- [illegible] sur deux des questions et affirmativement sur [illegible] ressort de ces déclarations aucune contradiction [illegible] janvier 1825 (*B. cr.*, n° 5). En se plaçant toujours [illegible] contradiction, dans une poursuite pour [illegible] réponses du jury, quand, d'une part, sur la [illegible] déclare que l'accusé n'a pas extorqué un billet [illegible] contrainte, et quand il affirme, d'autre part, [illegible] résultant des débats, que ledit accusé s'est [illegible] manœuvres frauduleuses, l'effet dont il s'agit, par [illegible] attirant, notamment, celui-ci dans une chambre et en [illegible] d'un tiers dont la survenance avait été ména- [illegible] sortir jusqu'à ce qu'il eût signé ledit billet. » Cass. [illegible] 1880 (D. 81, 1, 47).

remise de titre. La signature sera toujours celle de la victime de l'extorsion. Quant au titre, il pourra être l'œuvre, soit de la personne qui est extorquée, soit de celle qui extorque. Un individu, par exemple, se fait souscrire, par force ou contrainte, un billet de mille francs. Ici, le titre émane de la victime. Un débiteur obtient, par le même procédé, la remise d'un billet qu'il a souscrit. Dans ce cas, l'écrit émane de l'agent du crime. Mais qu'il y ait extorsion de signature ou extorsion d'écrit, le crime est consommé soit par l'apposition seule de la signature, soit par la remise de l'écrit, à la condition toutefois que la signature ou le titre ait le caractère juridique précisé par la loi.

b) L'extorsion appartenant à l'espèce des délits contre la propriété n'existe qu'autant que l'écrit, signé ou remis, contient ou opère *obligation*, *disposition*, *décharge*[7]. D'où deux conséquences corrélatives. Il résulte d'abord de la loi que la condition essentielle de l'incrimination, c'est que le titre, signé ou remis, soit une cause d'appauvrissement possible pour la victime. L'extorsion des écrits qui peuvent intéresser, non le patrimoine, mais l'honneur, non la situation pécuniaire, mais la considération d'une personne, ne rentrerait pas dans les termes de l'article 400. Supposons par exemple, qu'un individu contraigne, par force, un autre individu à lui signer une déclaration dans laquelle la victime de la violence s'avouera coupable d'un attentat à la pudeur sur un enfant, qu'un mari obtienne de sa femme, par l'emploi de la violence, une déclaration portant aveu d'adultère : de tels écrits ne contenant ni obligation, ni disposition, ni décharge, ne formeraient pas l'élément matériel du crime d'extorsion[8]. Peut-être, la loi eût-elle dû se montrer plus prévoyante et punir, sous cette qualification, l'obtention de tout titre de nature à causer un préjudice moral ou matériel, dans le cas où la volonté du signataire ou du détenteur aurait été contrainte[9]? Mais, il est bien certain qu'elle n'a pas cru devoir le

[7] Ces expressions sont également employées par l'article 147, relatif au faux.

[8] *Sic*, Chauveau et Hélie, t. V, n° 2126.

[9] Le C. p. italien art. 407) s'exprime dans des termes plus généraux : « Quiconque, à l'aide de la violence ou de la menace de graves dangers

[illegible] qu'il était difficile d'apprécier les [illegible] ou à remettre un écrit de ce genre, [illegible] la porte à des poursuites bien dé- [illegible] de la même manière et par la même dis- [illegible] moraux et les intérêts pécuniaires des ci-

[illegible] *obligation*, *disposition* ou *décharge* sont [illegible] contre la victime ou contre un tiers, un [illegible] ou qui lui enlèvent une preuve. La possibilité [illegible] matériel, comme résultat du crime d'extorsion, [illegible] de l'essence de cette forme d'incrimination. D'où il [illegible] le titre extorqué ne peut atteindre le but que pour- [illegible] l'agent et n'a absolument aucune valeur soit pour créer [illegible] ou éteindre des droits, il ne reste qu'une *intention crimi-* [illegible] manifestée par des actes extérieurs impropres à réaliser [illegible]. Il faut, en effet, que la signature ou l'écrit extorqué [illegible] contenir *obligation*, *disposition* ou *décharge ;* non seule- [illegible] ce caractère doit exister dans l'*intention de l'agent*, mais [illegible] doit exister dans la *réalité des faits*. Sans doute, une simple imperfection du titre n'effacerait pas la criminalité objective de l'acte, telle serait la signature d'une femme mariée sans l'auto- [illegible] de son mari [10]. Mais avec une nullité radicale, ne donnant jamais à l'acte, dans quelque éventualité que l'on se place, le caractère d'une obligation, d'une disposition, d'une décharge, ne laissant place à aucune possibilité de préjudice, il n'y aurait pas davantage d'extorsion qu'il n'y aurait faux dans le cas de fabrication d'un acte sans valeur et sans importance juridique [11].

2221. Si l'agent n'a obtenu qu'un blanc seing, assurément

quant à la personne ou aux biens, contraint quelqu'un à livrer, souscrire ou détruire, au préjudice de la victime ou d'autrui, *un acte qui comporte un effet* juridique, quel qu'il soit, est puni... » La Cour de cass. d'Italie a appliqué ce texte au fait du mari faisant par violence souscrire à sa femme un aveu d'adultère : Cass. pén., 17 juin 1892 (*Rivista pen.*, XXXVI, 431). Voy. la note à propos de cet arrêt dans le même recueil. Comp. ALIMENA, op. cit., t. III, p. 664.

[10] Voy. sur cette hypothèse : Cass., 9 mai 1867 (S. 68. 1. 43).

[11] Sur la question, BLANCHE, t. VI, n° 66 ; CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 2128. Voy. ALIMENA, op. cit., t. III, p. 665.

il ne sera pas coupable du crime consommé d'extorsion de signature, « le papier resté à l'état de blanc seing n'ayant pas de valeur légale par lui-même; une signature en blanc ne contenant et n'opérant ni obligation, ni disposition, ni décharge[12] ». Mais si, comme la chose est vraisemblable, le blanc seing n'a été obtenu que pour être converti en un titre d'obligation, de disposition ou de décharge, le fait de l'extorquer constituera la tentative de crime et sera punissable comme telle, si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur[13].

2222. La question d'extorsion peut être formulée dans les termes suivants : X... est-il coupable d'avoir (ici, la date) extorqué par force, violence ou contrainte, la signature ou la remise d'un écrit, d'un acte, d'un titre ou d'une pièce quelconque, contenant ou opérant obligation ou décharge ?

§ CXLIII. — DU CHANTAGE.

(C. p., art. 400 § 2).

2223. Du chantage. — **2224**. Élément et nature du délit. — **2225**. Moyens employés pour le commettre. — **2226**. But de cupidité illégitime poursuivi par l'agent. — **2227**. Mauvaise foi. — **2228**. Constatation de ces éléments par les juges du fait.

2223. L'article 400 § 2, est relatif à un autre mode d'extorsion. Il punit, d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de cinquante francs à trois mille francs, « quiconque, à l'aide de la menace écrite ou verbale de révélation ou d'imputations diffamatoires, aura extorqué ou tenté d'extorquer, soit la remise de fonds ou valeurs, soit la signature ou remise » des écrits énumérés dans la première partie de l'article. C'est l'acte, aussi odieux que lâche, que l'on appelle vulgairement un *chantage*[1]. Cette incrimination, que le projet gouvernemental

[12] *Sic*, Cass., 19 juin 1845 (S. 45. 1. 614); 15 avril 1880 (*B. cr.*, n° 75). Voy. Blanche, t. VI, n° 65; Chauveau et Hélie, t. V, n° 2127.

[13] *Sic*, Cass., 27 mars 1856 (S. 56. 1. 630); 15 août 1857 (*B. cr.*, n° 152).

§ CXLIII.[1] « Le commerce terrestre a l'usure immonde, le commerce

de revi[illegible] le 1863 n'avait pas proposée, est due à l'initiative du Corps l[illegible]islatif. Le rapport de la commission s'en expliquait en ces ter[illegible]s, qu'il importe de mettre sous les yeux du lecteur : « A propos des extorsions par violence ou contrainte qui sont réglées par l'article 400, nous avons cru devoir nous occuper d'un genre d'extorsion qui ne se commet pas par une violence physique, mais qui s'accomplit au moins à l'aide d'une contrainte morale. Le hasard, l'occasion, une confidence imprudente [illegible] initient quelquefois à des secrets qui intéressent le repos [illegible] citoyens, l'honneur des familles, la paix du foyer domestique et d[illegible] peut amener une poursuite criminelle, [illegible] o[illegible]andale; il se rencontre des hommes ass[illegible] ou[illegible] la connaissance qu'ils ont de ces secrets et pour mena[illegible] dénoncer ou de les répandre si on ne consent pa[illegible] ilence. D'autres, plus éhontés, ne savent rien [illegible] romettre la personne qu'ils ont choisie pour vic[illegible]é, mai[illegible]s combinaisons astucieuses, ils l'entraînent dans u[illegible] suspecte et difficile à expliquer, ils font naître [illegible]nces d'où puisse résulter le soupçon d'une action honteus[illegible]t, menaçant d'exploiter de simples apparences, ils arrache[illegible] la faiblesse ou à la peur la rançon d'une calomnie dont ils promettent de s'abstenir. C'est ce qu'on nomme vulgairement le chantage. Dans le premier cas, c'est le chantage à l'aide de la menace de révélation d'un fait vrai; dans le second cas, c'est le chantage à l'aide de l'imputation d'un fait faux. — Il paraît difficile de ne pas voir un délit dans un abus aussi révoltant. Mais quelle est sa nature? n'est-il pas déjà puni par la loi? S'il ne l'est pas, doit-il l'être ? comment peut-il être défini? Voilà les questions diverses que nous avons successivement examinées. Et d'abord quelle est sa nature, et à quels genres de faits criminels peut-il le mieux se rat-

maritime avait la piraterie, la vie civile a le chantage, toute œuvre humaine a ses parasites importuns ou malfaisants », disait Me Barboux, dans sa plaidoirie devant la première chambre de la Cour de Paris (affaire des administrateurs du Panama). V. *Gaz. des trib.*, n° du 27 janvier 1893, p. 92. Comp. Tarde, *Du chantage* (*Archiv. d'anthropologie*, 1900, p. 644 à 653); Puibaraud, *Les malfaiteurs de profession*, XVII.

tacher? Le chantage n'est pas l'escroquerie de l'article 405. Celle-ci procède par la persuasion, par la ruse et par des manœuvres frauduleuses; elle arrive à ses fins par les illusions qu'elle fait naître, par les craintes ou par les espérances chimériques qu'elle inspire. Le chantage n'est pas la menace de l'article 305. Celle-ci a surtout pour but d'inspirer la crainte d'une violence physique. Elle peut exister sans ordre ni condition; la condition, si elle existe, n'est pas toujours de se faire remettre une somme d'agent; la cupidité n'est pas de son essence, si bien que le Code pénal l'a rangée parmi les crimes contre les personnes et non parmi les crimes contre les propriétés. Le chantage a pour objet d'arracher une somme d'argent, en influençant la volonté par la crainte d'un mal véritable et sérieux; c'est une extorsion: si le mal était craint pour la personne, ce serait une violence physique; comme il est craint pour la réputation et pour l'honneur, c'est une violence morale. Le chantage est donc une extorsion à l'aide d'une contrainte morale. Voilà son caractère; voilà le genre auquel il appartient; voilà pourquoi, s'il prend une place dans le Code pénal, c'est dans l'article 400 que cette place est marquée. Le chantage doit-il être puni? Nul ne le conteste, quand il procède par la menace de l'imputation d'un fait faux. On hésite, lorsqu'il agit par la menace de la révélation d'un fait vrai. En ce cas, dit-on, la personne menacée est coupable; pourquoi s'est-elle exposée? L'extorsion dont elle est l'objet n'est que la conséquence de sa faute; quel intérêt mérite-t-elle? à quelle protection a-t-elle droit? L'intérêt de la société, au contraire, est que sa faute soit divulguée; d'ailleurs la protection que donnerait la loi serait inefficace, car le jour où la victime du chantage voudrait en dénoncer l'auteur, elle se ferait à elle-même le mal de publicité qu'elle voulait éviter. Ces raisonnements séduisent au premier abord, mais quand on les creuse, on les trouve plus spéciaux que vrais. Sans doute, la personne coupable d'un crime ou d'une faute ne mérite pas une grande sollicitude, et cependant, en cherchant bien, parmi les exemples de chantage, que de victimes intéressantes on pourrait rencontrer? Ce n'est pas toujours à l'auteur de la faute que s'adresse l'extorsion, c'est quelquefois

à sa famille, et celle-ci n'a certainement aucun tort. Ce n'est pas la personne qui est l'objet du chantage qu'il faut considérer, c'est celle qui le pratique. — La diffamation ne divulgue aussi quelquefois que des faits vrais, et cependant la loi n'hésite pas à la punir, sans se préoccuper de la vérité ou de la fausseté des allégations, ni de l'intérêt plus ou moins grand que la personne diffamée peut inspirer.... Il est bien vrai que la société a intérêt à ce que les actions coupables ne demeurent pas inconnues, mais le chantage ne les dénonce pas ; loin de là, il stipule une récompense pour que le mystère qui les couvre ne soit pas mis au jour. Enfin, il ne faut pas croire que la protection de la loi soit toujours inefficace, car le plus souvent le chantage serait arrêté à son premier pas, si celui qui va le tenter était convaincu que la menace qu'il va faire est un délit qui l'expose à une poursuite et à une condamnation. Le chantage doit donc être puni. L'est-il par les lois existantes? On s'accorde à reconnaître que le chantage qui procède par la menace de la révélation d'un fait vrai ne tombe pas sous l'application de la loi. Pour celui qui procède par la menace de l'imputation d'un fait faux, on trouve çà et là quelques monuments de jurisprudence qui l'ont considéré comme une escroquerie et qui l'ont fait rentrer sous l'application de l'article 405. On dit, pour appuyer cette doctrine, que si l'imputation est calomnieuse, la menace est vaine et la crainte chimérique ; cependant le danger de perdre sa réputation si l'on est calomnié n'est pas toujours une chimère, la calomnie ne laisse-t-elle pas toujours quelque chose après elle?»

2224. Il résulte, tant de ces explications que du texte même de l'article 400 § 2, que le concours de trois circonstances est nécessaire pour constituer le délit de chantage : 1° la menace écrite ou verbale de révélations ou d'imputations diffamatoires ; 2° le but de l'agent d'obtenir, par ce moyen, un gain pécuniaire illégitime ; 3° la mauvaise foi[1]. Comme dans le crime d'extorsion, il y a deux choses distinctes : la *manœuvre* qui prépare le délit,

[1] Sur cet ensemble d'éléments : Cass., 17 nov. 1884 (S. 85. 1. 519) et la note de M. Lacoste. Il faut que tous ces éléments soient relevés par le juge du fait : Cass., 29 décembre 1899 (*Pand. franc.*, 1900. 1. 541). Comp. Albert Desjardins, *Rev. crit.*, 1884, p. 65.

c'est-à-dire la menace écrite ou verbale de révélations ou d'imputations diffamatoires; le *but* qui consomme le délit, c'est-à-dire l'extorsion d'une somme d'argent ou d'une remise de titre. Quand ces éléments concourent, le délit est achevé; quand il y a seulement menace, le délit est tenté. Il importe, du reste, de remarquer que la tentative, ici comme ailleurs, suppose deux conditions corrélatives. Il faut un commencement d'exécution qui consiste dans la menace, parvenue à son destinataire[2], c'est l'élément matériel. Il faut que cet acte ait été accompli dans le but d'extorquer une remise de deniers ou de titres; c'est l'élément intentionnel. L'article 400 § 2, punit le délit *tenté* comme le délit *consommé*.

Le chantage, du reste, a bien le caractère d'un délit contre la propriété; c'est une espèce de vol qui n'en diffère que par le moyen détourné et tout moderne que l'agent a voulu employer : la menace de révélations ou d'imputations diffamatoires[4]. Par conséquent, le délit ne changerait pas de nature, alors même qu'il aurait été consommé ou tenté par la voie de la presse[5]. Les règles du Code pénal et non celles de la loi du 29 juillet 1881 seraient applicables. Il en résulte : 1° Que le délit de chantage peut être, dans tous les cas, poursuivi d'office par le ministère public, en l'absence d'une plainte préalable de la partie lésée. Il faut, en effet, pour que l'exercice de l'action publique soit entravé par cette nécessité, un texte formel et précis, et aucune disposition de ce

[2] Voy. Agen, 16 mars 1894 (D. 94. 2. 535).

[4] Il ne faudrait pas exagérer, du reste, cette proposition : le chantage n'est pas plus un vol que l'extorsion, c'est un délit spécial, mais un délit contre la propriété. Nous en concluons qu'une condamnation pour chantage ne compterait pas pour la relégation (L. 27 mai 1885, art. 4). Voy. Garçon, *Dans quels cas la relégation doit être prononcée*, p. 30. Pas plus qu'il ne serait possible de mettre en relation au point de vue de la récidive correctionnelle une condamnation pour vol et une condamnation pour chantage. Les deux délits ne sont pas identiques, et ils ne sont pas assimilés (C. p., art. 58).

[5] Le chantage est devenu d'autant plus redoutable que les moyens de divulgation sont plus sûrs et plus prompts. Aussi depuis l'avènement de la presse périodique, les chantages plus graves emploient la voie de la presse. Ici, la presse est un instrument de vol, et le délit commis ne peut être qualifié *délit de presse*, c'est un délit de droit commun.

à sa famille, et [illegible] [illegible]s de l'intérêt [illegible]
la personne [illegible] [illegible]es formes du vol[illegible]
c'est celle qu[illegible] [illegible]ations si sages que [illegible]
quelquefois q[illegible] [illegible] ministère public doit [illegible]
à la punir. [illegible] [illegible]ière aussi délicate une [illegible]
allégations, [illegible] [illegible]. Il faut éviter qu'[illegible]
diffamée [illegible] [illegible] les révélations qu'[illegible]
à ce que [illegible] [illegible] le réprimer. L'[illegible]
mais le [illegible] [illegible] publique n'a [illegible]
recom[illegible] [illegible] prémédite. » 2° Le [illegible]
au jo[illegible] [illegible] de droit commun [illegible]
soit [illegible] [illegible] par l'article 65 [illegible]
ar[illegible] [illegible] la voie de la presse.
q[illegible] [illegible] une loi d'am[illegible]
[illegible] [illegible] commis en ma[illegible]
[illegible] [illegible] le complice d'un [illegible]
[illegible] [illegible] commun, échappera [illegible]
[illegible] [illegible] dans un j[illegible]
[illegible] [illegible] telles qu'elles [illegible]
[illegible] [illegible] de la loi du 29 [illegible]
[illegible] [illegible] du délit de cha[illegible]
[illegible]
[illegible] employé par [illegible]
[illegible] [illegible]
[illegible] [illegible]
[illegible] [illegible]
[illegible] [illegible]
[illegible] [illegible] à consentir
[illegible] [illegible]

[illegible] 1888 *B* [illegible] 208.

[illegible] 3 [illegible] 1887
[illegible]
[illegible]
[illegible] les de [illegible]
[illegible] Voy. [illegible]

doute, que l'objet de la révélation ou de l'imputation diffamatoire soit énoncé ni précisé dans la menace; il suffit que cette menace y fasse une allusion suffisante pour que la victime puisse craindre une révélation ou une imputation de la nature de celles précisées par l'article 400 § 2, du Code pénal[11]. D'un autre côté, la menace n'a pas besoin d'être directe, ni expressément proférée; elle n'en existe pas moins, bien qu'elle soit dissimulée sous des artifices de langage. Ainsi, on a pu considérer, comme impliquant une menace verbale, dans les termes de l'article 400 § 2, la promesse faite par le prévenu à un tiers de ne pas l'inscrire sur des listes publiées périodiquement et contenant les noms des personnes contre lesquelles avaient été dressés des protêts, si ce tiers consentait à une remise de fonds, représentant le prix d'abonnement aux feuilles dans lesquelles étaient insérées ces listes[12]. La menace n'en existe pas moins bien qu'elle ne concerne pas la victime[13]. 2° La menace doit avoir pour objet des révélations ou imputations diffamatoires. Il importe peu d'abord, ainsi qu'il résulte des travaux préparatoires, que la révélation annoncée porte sur un fait vrai ou sur un fait mensonger. La règle : *veritas convicii non excusat* s'applique, en matière de chantage comme en matière de diffamation, et l'*exceptio veritatis* ne pourrait pas plus être soulevée dans un cas que dans l'autre. Il faut même affirmer, en empruntant le sens, sinon les termes, d'un propos attribué à lord Manfield, que « plus il y a de vérité dans la révélation dont on menace la victime plus cette menace de révélation est un chantage ». On doit conclure de cette observation que la menace de révélations diffamatoires rentre dans les prévisions de l'article 400 § 2, du Code pénal, même lorsqu'elle vise un fait public, tel qu'une condamnation encourue[14]. La publicité des jugements n'a pas été organisée pour

D. 87. 1. 364. Mais la simple allégation mensongère ne serait pas suffisante : Agen, 16 mars 1894 (D. 94. 2. 535).

[11] *Sic*, Cass., 4 janvier 1877 (S. 77. 1. 95); 18 avril 1885 (*B. cr.*, n° 116); 7 janvier 1887 (S. 88. 1. 399); 10 mars 1893 (D. 95. 1. 302).

[12] Cass., 10 décembre 1886 (S. 88. 1. 399).

[13] *Sic*, Cass., 25 avril 1896 (S. 96. 1. 535 ; D. 98. 1. 92).

[14] Cass., 22 mars 1883 (*B. cr.*, n° 84.) Voy. sur la question : Alb. Desjardins, *Rev. crit.*, 1884, p. 67.

permettre à ceux qui spéculent sur l'honneur des personnes de tirer parti d'une condamnation et de la monnayer. 3° La menace doit être antérieure à l'extorsion ou du moins l'accompagner. Cela est de toute évidence puisque c'est la contrainte sur la volonté pour obtenir des fonds par la menace de révélation qui constitue le délit[15].

2226. La seconde condition du délit de chantage, c'est le but de cupidité illégitime que poursuit l'auteur de la menace. Il faut que celui-ci ait réalisé ou tenté de réaliser un gain illicite. C'est l'exaction pécuniaire seule que la loi a voulu réprimer. Deux choses caractérisent donc, à ce point de vue, le mobile déterminant du coupable : le gain pécuniaire qu'il veut réaliser, la nature illégitime de ce gain.

a) Le délit, en effet, est une *extorsion*, c'est-à-dire un vol, qui s'accomplit à l'aide de la contrainte. Or, le même mot ne pouvant avoir, dans les deux paragraphes de l'article 400, un sens différent, il s'ensuit que la menace de révélations ou d'imputations diffamatoires, qui est un des éléments du délit de chantage, doit avoir pour objet direct de *voler* soit une somme d'argent, soit un des titres obligatoires ou libératoires énumérés dans le § 1 de l'article 400. Si donc, en menaçant de révélations ou d'imputations diffamatoires, l'agent poursuivait un autre but, par exemple s'il voulait se venger, s'il voulait obtenir la cessation d'une campagne de diffamations ouverte contre lui, s'il cédait à un sentiment de haine politique, il pourrait commettre, suivant les cas, un délit de diffamation, mais il ne se rendrait certes pas coupable d'un délit de chantage. Faire *chanter*, c'est, en effet, mettre son silence à prix d'argent[16].

[15] Chambéry, 8 avril 1897 (D. 98. 1. 150).

[16] « Le chantage, après tout, rentre, comme une simple espèce, dans le genre nombreux des procédés qui consistent à faire marcher les hommes par la menace. Les petits papiers sont un jeu auquel ont joué tous les hommes d'État. Il n'en est pas un qui ne possède des dossiers pour chacun de ses adversaires. Est-ce pour ne jamais s'en servir? S'ils s'en servent pour gagner un vote, nous louons leur habileté; si c'est pour extorquer de l'argent, nous les flétrissons. » TARDE, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 650. Peut-être y aurait-il lieu d'étendre le domaine du chantage punissable, à tous les pro-

b) C'est donc *par le mobile de cupidité* que se caractérise tout d'abord soit le délit même de chantage, soit la tentative de ce délit. Mais il n'est pas suffisant de relever ce premier caractère. Il en existe, en effet, un second: le gain que veut obtenir le coupable doit être *illégitime*. L'agent, qui menace de révélations ou d'imputations diffamatoires pour atteindre un but légitime, par exemple, se faire payer par un débiteur, se faire indemniser par la personne qui lui a causé un préjudice, commet-il un délit de chantage? Dans le rapport de la commission, dont nous avons déjà cité la plus grande partie, la question a été prévue et résolue seulement pour une hypothèse: « Toutefois, il est bien entendu que la victime d'un crime ou d'un délit, qui transige sur l'exercice du droit de porter plainte ou de se porter partie civile, loin de commettre une extorsion, obtient, au contraire, la réparation du préjudice qui lui a été causé, et qu'en agissant ainsi, elle ne fait rien qui soit illicite et de nature à tomber sous l'application de la loi. » Ici, il n'y a certainement pas de chantage : 1° d'abord, l'agent a le droit de demander ce qu'il demande, et, par conséquent, la menace de révélations n'a pas pour objet l'extorsion, c'est-à-dire l'appropriation d'une partie de la fortune d'autrui ; 2° d'un autre côté, le fait, dont la révélation est l'objet de la menace, est ce fait même sur lequel se fonde sa légitime réclamation; 3° enfin, c'est à l'autorité, qui est compétente pour l'apprécier, qu'il menace de le révéler.

Dans ces circonstances, l'agent a simplement usé de son droit. Le *moyen* qu'il a employé peut ne pas être absolument délicat, mais, au point de vue légal, il est absolument correct. « Le mot *extorsion*, impliquant la fraude et l'injustice, doit exclure des prévisions de l'article 400 § 2, la transaction lucrative dans laquelle la victime d'un délit ou quasi-délit aurait imposé et obtenu la réparation d'un préjudice. Tel serait le cas du mari qui, sans connivence avec sa femme, placerait le complice de l'adultère entre la nécessité d'un sacrifice pécuniaire et

cédés de contrainte morale, où l'on emploit, pour obtenir un résultat, la menace d'une révélation diffamatoire?

scandale d'une poursuite. L'indélicatesse ou une avidité méprisable ne peuvent rendre criminelle la renonciation prévue par l'article 4 du Code d'instruction criminelle au droit prévu par l'article 1er du même Code[17]. »

La même solution s'imposerait-elle si le créancier, qui veut se faire payer ce qui lui est dû, menaçait, dans ce but, son débiteur de révéler des faits qui ne se rattachent pas à sa créance? ou bien encore s'il menaçait de révéler les faits se rattachant à sa créance, non par le moyen légitime d'une plainte ou d'une action en justice, mais en donnant à ces faits une publicité anormale, par voie d'affiches, d'articles de journaux, de circulaires? On voit que des trois circonstances relevées plus haut et dont le concours rend certainement légitimes les procédés de l'agent, l'une manque tout au moins : dans un cas, c'est la relation entre le but que l'agent veut obtenir et l'objet de la révélation ; dans l'autre, c'est la forme même de la révélation. Certaines législations ont créé un délit spécial pour réprimer les faits de cette nature et l'ont qualifié d'*exercice arbitraire de son propre droit.* Le Code pénal français ne contient pas cette rubrique. En l'absence d'une disposition de ce genre, le prévenu, qui s'est borné à exiger ce qui lui était dû, ne commet pas d'extorsion ; ce qui peut être incriminé c'est le *moyen* dont il s'est servi : mais si ce moyen n'est pas, en lui-même, un délit, il reste un de ces nombreux procédés illicites que la loi pénale n'a pas cru devoir réprimer[18].

2337. Le dernier élément du délit de chantage, c'est la mauvaise foi de l'agent. Elle résulte, tout à la fois, et du moyen dont

[17] Circ. min. du 30 mai 1863. *Adde*, Caen, 20 nov. 1878 (S. 80. 2. 202 ; Cass., 2 avril 1897 (D. 98. 1. 150) et la note. Mais il ne faut pas exagérer cette idée, et il pourrait y avoir délit de chantage de la part de celui qui, [illegible] un délit, chercherait à obtenir, par la menace d'une plainte, une [illegible] excessive et hors de proportion avec le préjudice causé : Périgueux, 1er mai 1870 (D. 72. 2. 268). C'est la réserve qu'il convient d'apporter à la solution donnée au texte.

[18] Cette solution a d'autant moins d'inconvénients que la plupart des faits [illegible] constitueront des diffamations et seront punissables comme telles. Comme sur la question : Cass., 20 mars 1885 (Sol. impl.) (S. 85. 1. 185 ; Rousseau, t. VII, n° 72 et note dans S. 96. 2. 157.

il se sert, et du but qu'il poursuit, sans qu'il y ait à établir autre chose. Le moyen, c'est la menace de révélations ou d'imputations diffamatoires; le but, c'est le désir de se procurer par ce procédé un gain illégitime. L'intention est donc suffisamment caractérisée, lorsque le juge a constaté que le prévenu a agi dans un but de chantage.

2228. Si la constatation et l'appréciation des trois éléments du délit de chantage rentrent dans le domaine souverain des juges du fait, il est nécessaire que le jugement ou l'arrêt spécifie suffisamment ces circonstances pour que la Cour de cassation puisse vérifier si la qualification qui nous occupe a été justement appliquée aux faits établis par les débats[19].

§ CXLIV. — DU DÉTOURNEMENT OU DE LA DESTRUCTION D'OBJETS SAISIS OU DONNÉS EN GAGE.

(C. p., art. 400 §§ 3 et 4).

2229. La sanction du vol était étrangère au détournement ou à la destruction d'objets saisis ou donnés en gage. Modifications apportées au Code pénal. — **2230.** Éléments constitutifs du délit de destruction ou détournement d'objets saisis. — **2231.** La loi comprend, dans ses prévisions, toutes les saisies et tous les objets saisis. — **2232.** Le délit suppose l'existence d'une saisie régulière. — **2233.** Mais il n'est pas nécessaire que la saisie ait été notifiée au prévenu. — **2234.** Fait de destruction ou de détournement des objets saisis. Ce délit n'est pas un vol, mais une infraction spéciale. Conséquences qui en résultent. — **2235.** Le détournement ou la destruction des objets saisis ne peut être incriminé si l'agent a été de bonne foi. — **2236.** De la destruction ou du détournement des objets donnés en gage. — **2237.** Éléments du délit. Observation sur la véritable qualification du fait. — **2238.** Derniers mots de l'article 400. Disposition inutile et dangereuse. — **2239.** De la complicité de détournement ou de destruction d'objets saisis ou donnés en gage. — **2240.** Les conditions de répression de la complicité sont celles que trace le droit commun des articles 59 à 62 du Code pénal. — **2241.** Il ne faut pas assimiler à des complices les tiers qui, dans un autre intérêt que celui du saisi, coopèrent à des actes de détournement.

2229. La sanction du vol est étrangère à deux situations: celle où la chose détournée ou détruite a été frappée de saisie; celle où elle a été donnée en gage. Ces deux situations ont été

[19] Voy Cass., 29 déc. 1899, précité.

successivement prévues par les §§ 3 et 4 de l'article 400, l'histoire des progrès de la loi pénale à cet égard est utile à rappeler pour l'interprétation même de ses dispositions.

Jusqu'en 1832, les faits de *destruction* et de *détournement* des objets saisis restaient impunis. C'est que si la saisie met sous la main de justice les choses qui en sont l'objet, elle n'en enlève pas la *propriété* au saisi. Son effet est de constituer, au profit de certaines personnes, un gage judiciaire (*pignus prætorium*). D'où il suit qu'en les détournant ou en les détruisant, le saisi ne faisait que détourner ou détruire des choses qui lui appartenaient, soit que ces choses eussent été laissées entre ses mains, soit qu'elles eussent été confiées à un tiers. Les faits de détournement ou de destruction, accomplis par le saisi, échappaient donc à toute répression, car ils ne rentraient, ni dans les termes du *vol*, ni dans ceux de l'*abus de confiance*, ni même dans les prévisions de la *contravention* prévue par le § 1er de l'article 479 du Code pénal. Pour combler cette lacune, que la jurisprudence avait maintes fois signalée, la loi du 28 avril 1832 a assimilé, à l'*abus de confiance*, le détournement ou la destruction des objets saisis, laissés à la garde du saisi, et au *vol*, le détournement ou la destruction des objets saisis confiés à la garde d'un tiers. Mais en déclarant la tentative de détournement punissable comme le détournement consommé, cette loi avait omis de s'expliquer sur la tentative de destruction. La loi du 13 mai 1863 a réparé cet oubli, de sorte qu'aujourd'hui, les tentatives de détournement et de destruction sont punies comme les destructions et les détournements eux-mêmes.

2230. Trois éléments constituent le délit. Il faut : 1° que l'objet soit régulièrement placé sous la main de justice ; 2° qu'il ait été détourné ou détruit ; 3° que le prévenu ait agi de mauvaise foi.

2231. L'article 400 comprend, dans ses prévisions, *toutes les saisies* et *tous les objets saisis*, quels qu'ils soient [1]. Il est donc applicable, sans aucun doute, à la saisie-exécution, à la saisie de fruits pendants par branches ou racines ou saisie-brandon,

§ CXLIV. [1] Sur la question générale, *J. du droit crim.*, art. 9390.

à la saisie-gagerie, à la saisie-revendication, enfin à la saisie immobilière. En ce qui concerne cette dernière espèce de saisie, il faut remarquer, d'une part, que si les immeubles par nature ne peuvent être détournés, ils peuvent être détruits, et que la Cour de cassation a pu juger, avec raison, que « l'extraction des souches, existant sur le sol des biens saisis, et la vente du charbon que ces souches avaient produit, constituaient le délit prévu et puni par l'article 400 du Code pénal[2] »; et, d'autre part, que les immeubles par destination, saisis en même temps que le fonds auquel ils sont attachés, peuvent être non seulement détruits, mais encore détournés[3].

L'étendue de cette disposition est même plus générale que son texte littéralement interprété ne semblerait l'indiquer, et l'expression « objets saisis » est prise avec la signification juridique d' « objets mis légalement sous la main de l'autorité publique pour forcer à exécuter certaines obligations ». Par conséquent, l'article 400 s'applique à la destruction ou au détournement, par le propriétaire, des bestiaux laissés à l'abandon et mis en fourrière : « Attendu, en effet, dit la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 juin 1842, que la mise en fourrière des animaux laissés à l'abandon qui sont trouvés sur la propriété d'autrui, autorisée par l'article 12 du titre 2 de la loi du 6 octobre 1791, est une véritable saisie; que, pour n'être accompagnée d'aucune formalité, elle n'en confère pas moins aux parties lésées un droit positif sur les animaux saisis, qui ne peuvent être rendus à leur propriétaire que lorsqu'il a réparé le dommage[4] ». Le détournement ou la destruction des biens placés sous séquestre judiciaire est un fait également prévu et puni par l'article 400[5].

2232. Mais la mise sous la main de justice étant une condition substantielle de la criminalité du fait de détournement ou de destruction, il nous paraît certain qu'il n'y aurait pas de

[2] Cass., 16 octobre 1850 (*B. cr.*, n° 360).

[3] Cass., 25 avril 1840 (S. 40. 1. 562).

[4] *B. cr.*, n° 134. Voy. également, Cass., 21 nov. 1895 (D. 96. 1. 191). Comp. Blanche, t. VI, n° 77.

[5] *Sic*, Blanche, t. VI, n° 79; Cass., 13 août 1869 (*B. cr.*, n° 193); 8 nov. 1894 (D. 96. 1. 55) et la note.

délit si, par suite d'une nullité quelconque de fond ou de forme, la saisie était irrégulière. Le but de l'article 400 ayant été, en effet, d'assurer la conservation de la chose mise sous la main de justice, cette disposition ne peut sanctionner qu'une *saisie valable*. La régularité de la saisie sera donc, si le moyen de nullité est soulevé par le prévenu, une *question préalable* et non préjudicielle à juger : le tribunal l'examinera et la tranchera, simplement pour les besoins du procès en détournement ou en destruction qui lui est déféré, sans que sa décision, sur ce point, ait force de chose jugée au civil[6].

[illegible]. Il n'est pas nécessaire, du reste, pour que l'article 400 devienne applicable, que la saisie ait été notifiée au prévenu, avant la consommation ou la tentative de détournement ou de destruction des objets placés sous la main de justice. La loi n'a pas considéré l'accomplissement de cette formalité comme le point de départ du délit. Sans doute, le prévenu doit avoir eu connaissance de la saisie pour qu'on puisse le déclarer coupable de détournement ou de destruction d'objets saisis; mais cette condition ne se rattache pas aux éléments objectifs de la criminalité, elle se rattache aux éléments subjectifs; c'est parce que l'agent ne peut être de mauvaise foi tant qu'il n'a pas connaissance de la saisie que nous exigeons cette condition. Aussi suffit-il que la saisie ait été portée, d'une façon quelconque, à la connaissance du prévenu. Le délit existe, dit la Cour de cassation, « dès qu'il est constant, d'une part, que le détournement a été commis postérieurement à une *saisie régulière*, et, d'autre part, que le saisi a agi avec *connaissance de la saisie*, et, par conséquent, en violant les défenses de la loi[7] ».

[6] La jurisprudence paraît admettre que la saisie nulle mais qui offre les caractères extérieurs d'un tel acte est protégée par l'art. 400. Voy. Paris, 18 juillet 1862 (S. 63. 2. 110); Alger, 15 oct. 1881 (S. 83. 2. 43.), et surtout Cass., 18 juillet 1895 (S. 96. 1. 206).

[7] Sic, Cass., 18 mars 1852 (S. 52. 1. 766); 1er mars 1867 (S. 67. 1. 361); 24 février 1872 (B. cr., n° 49); 8 nov. 1894 (D. 96. 1. 55.) et la note. Dans le même sens : Blanche, t. VI, n° 81; Chauveau et Hélie, t. V, n° 1915. Il n'y aurait pas lieu d'appliquer la disposition de l'article 400, §§ 3 et 4, au tiers qui détournerait d'une saisie faite sur une autre personne des

2234. Le second élément du délit, c'est le fait même de la *destruction* ou du *détournement* des objets saisis. La destruction de ces objets ne peut jamais avoir les caractères d'un vol : c'est bien un délit *sui generis*. Quant à leur détournement, la loi distingue si le saisi a été constitué gardien ou si c'est un tiers qui a cette qualité : dans le premier cas, elle qualifie le fait d'*abus de confiance*; dans le second, elle l'assimile au *vol*. Mais la nécessité d'une disposition spéciale pour faire rentrer cette situation dans le cadre des soustractions frauduleuses indique assez qu'il s'agit d'un *délit spécial* et non d'*une espèce de vol*[8]. En effet, que le saisi soit ou non chargé de la garde des objets saisis, cette circonstance est indifférente, puisque, dans tous les cas, le saisi reste *propriétaire* des objets qu'il détourne; de sorte qu'en enlevant les objets, même des mains du tiers qui en est constitué gardien, le saisi ne commet aucun vol, car il ne soustrait pas la chose d'autrui. L'acte de détournement des objets saisis n'est donc pas délictueux, parce qu'il lèse le droit de propriété; il a ce caractère, parce que son auteur porte préjudice à ses créanciers et enfreint les ordres de la justice.

De ce principe, nous déduirons les conséquences suivantes, qui se rattachent toutes à la manière dont on qualifie le délit.

a) L'article 400 ne punit le détournement ou la destruction des objets saisis que si ces objets ont été confiés à la garde du

objets dont il se prétend propriétaire : Paris, 6 février 1892 (*Le Droit*, n° du 27 février 1892).

[8] Les arguments qu'on pourrait invoquer au soutien de l'opinion qui voit un vol dans ce délit seraient, en effet, peu sérieux. La place de l'article d'abord : mais le texte qui prévoit ce fait particulier date de 1832 et non de la rédaction primitive du Code. Le législateur, qui voulait respecter le numérotage des articles, a cherché une place pour ce délit nouveau et l'a trouvée dans l'article 400, mais il n'a pas eu le moins du monde la pensée de caractériser par là cette infraction. On a ajouté que l'article 400 renvoie aux articles 401 et 406, et on en veut conclure que les auteurs de la revision de 1832 ont vu, dans le détournement opéré par le saisi gardien, un abus de confiance, et dans le détournement, opéré par le saisi non gardien, un véritable vol. Mais n'est-il pas évident qu'il s'agit ici d'un simple renvoi, relatif à la peine qui doit être prononcée, et non point d'une assimilation de délits?

saisi ou à celle d'un tiers : c'est là une circonstance essentielle à relever, puisque c'est précisément cette sorte de constitution de dépôt judiciaire qui donne, au fait de détournement ou de destruction, sa criminalité juridique. Ainsi donc, si l'huissier, qui procède à une saisie-exécution, avait omis de constituer un gardien (C. proc. civ., art. 597), le saisi, en détournant ou en détruisant les objets saisis, pourrait commettre un acte indélicat, mais non le délit de l'article 400. Cette disposition cesserait également [illegible] être applicable si, comme l'article 681 du Code de procédure civile le prévoit, les immeubles saisis étaient loués ou affermés, pui[illegible]e, [illegible]s n'étaient confiés ni à la garde du saisi, n[illegible].

Un mode partic[illegible]t, en outre, exigé, en ce qui concerne le gardien [illegible], passible, ainsi que nous l'avons dit, des pein[illegible] confiance, s'il détourne ces objets en tout ou en [illegible]t, qui intervient entre lui et le saisissant, ne peut [illegible]re co[illegible] que par la signature de ce gardien, sur le procès-ver[illegible] saisie, ou par la déclaration que fait l'huissier des cau[illegible]mpêchent le gardien de signer; en l'absence d'une [illegible] signature ou déclaration, il n'y a pas de preuve juridique que le prétendu gardien ait accepte la garde ou le dépôt de l'objet saisi [10].

b) Du caractère spécial du délit, nous concluons également que l'immunité pénale de l'article 380 du Code pénal, ne pourrait être invoquée dans les rapports de certains parents ou alliés. Si donc le mari avait détruit ou détourné des objets saisis sur lui par sa femme, il serait punissable, bien qu'il ne puisse l'être s'il avait soustrait frauduleusement des objets appartenant à celle-ci. « Attendu que l'immunité pénale établie par l'article 380 en faveur des personnes désignées audit article, ne pourrait être appliquée au cas de détournement ou de tenta-

[9] *Sic*, Cass., 25 avril 1840 (S. 40. 1. 551).

[10] Jugé, en conséquence, que l'individu, qualifié gardien des objets saisis, mais non signataire du procès-verbal, ne tombe pas, en cas de détournement de ces objets, sous l'application des peines portées par l'article 400 du Code pénal. Cass., 15 novembre 1844 (D. 45. 1. 66) ; Lyon, 5 janvier 1881 (D. 81. 2. 168).

tive de détournement, par un saisi, des objets saisis sur lui, délit prévu par l'article 400 du même Code, que si ce délit constituait un vol ou pouvait rentrer par sa nature dans cette catégorie d'infractions; que tel n'est pas le caractère du délit spécial prévu par l'article 400 du Code pénal, §§ 2 et 3 ; que ce délit, bien que classé, sous la rubrique du vol, par la loi du 28 avril 1832, qui l'a introduit dans la législation pénale, ne constitue pas, néanmoins, une soustraction frauduleuse rentrant dans les termes de l'article 379 du Code pénal, qui ne s'applique qu'à l'enlèvement de la chose d'autrui, tandis que les objets détournés par le saisi n'ont jamais cessé de lui appartenir, la vente seule desdits objets le dépouillant de sa propriété; attendu que l'article 400 du Code pénal, dans les dispositions spéciales susvisées, n'a eu pour objet que d'assurer le respect dû aux actes de l'autorité publique et de protéger l'intérêt du créancier saisissant, celui des tiers qui peuvent avoir des droits à exercer sur les objets mis sous la main de justice, ou le produit de leur vente, enfin celui du gardien préposé à la saisie et responsable de la disparition des objets confiés à sa surveillance; attendu, dès lors, que l'immunité, établie par l'article 380 du Code pénal, au cas d'une soustraction qui lèse exclusivement la personne unie par un lien étroit à l'auteur du fait délictueux, ne peut être étendue à un cas différent, sans analogie par sa nature et ses conséquences, avec celui que prévoit ledit article 380 du Code pénal[11] ».

c) La condamnation pour détournement ou destruction d'objets saisis ne peut être assimilée ni à un vol ni à un abus de confiance, soit au point de vue de la relégation (L. 27 mai 1885, art. 4), soit au point de vue de la petite récidive correctionnelle (C. p., art. 58, modifié par la loi du 26 mars 1891). La raison décisive en est que les objets saisis étant restés la propriété du saisi, celui-ci, en les détournant, ne s'est point emparé de la chose d'autrui; il n'y a donc ni vol ni abus de confiance. L'infraction a un caractère particulier, qui suffit pour écarter toute assimilation avec ces deux délits types[12].

[11] Cass., 18 avril 1857 (S. 57. 1. 481 ; D. 57. 1. 226).
[12] Garçon, *op. cit.*, p. 31.

d) Les circonstances de nuit, d'escalade, de maison habitée, d'effraction, ne constituent point des circonstances aggravantes du détournement ou de la destruction d'objets saisis et ne modifient ni la pénalité, ni, par conséquent, la compétence.

2235. Le détournement ou la destruction des objets saisis ne peut être incriminé si l'agent est de bonne foi[13]. La loi punit, en effet, un délit, et un délit n'existe que par la réunion de l'élément intentionnel à l'élément matériel. La mauvaise foi de l'agent impliquera, ici comme ailleurs, la connaissance et la volonté. Il faut d'abord que le coupable ait agi *sciemment*, c'est-à-dire ait su, peu importe de quelle façon, que les objets qu'il détournait ou détruisait étaient saisis à son préjudice[14]. Il faut ensuite qu'il ait agi avec *intention*, c'est-à dire avec la volonté tout à la fois de ne pas respecter la mainmise de l'autorité publique et de porter préjudice au tiers[15].

Peu importe, du reste, le mobile indirect qui l'a déterminé à détruire ou à détourner : que ce soit pour dissiper les objets, les reprendre, payer un de ses créanciers qu'il veut favoriser, se venger du saisissant, en faire personnellement usage : le mobile est indifférent[16].

2236. La loi du 13 mai 1863 a ajouté, à l'article 400, un paragraphe, aux termes duquel : « Les peines de l'article 401 seront également applicables à tout débiteur, emprunteur ou

[13] Pas de difficulté sur la nécessité de l'élément intentionnel : BLANCHE, t. VI, n° 82; CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 1916.

[14] Voy. *suprà*, n° 2233.

[15] Cette solution a été donnée par un arrêt de la Cour de cassation du 17 septembre 1852 (*B. cr.*, n° 321) : « Attendu que le sieur de Solan était prévenu d'avoir détourné des récoltes saisies à son préjudice à la requête du percepteur d'Argein et du receveur de Castillon, et dont la garde avait été confiée à un tiers; que le jugement attaqué a écarté cette prévention, par le motif que le receveur de l'enregistrement avait accordé au prévenu l'autorisation de vendre les récoltes saisies à son préjudice, à la requête de l'administration des domaines, pour en apporter ensuite le produit au receveur; qu'il a tiré de ce fait la conséquence que le détournement n'avait eu aucun caractère frauduleux ; que cette déclaration en fait est une appréciation qui échappe à la Cour de cassation... ».

[16] *Sic*, Cass., 17 février 1844 (*B. cr.*, n° 54); 6 février 1875 (*B. cr.*, n° 43). Comp. BLANCHE, t. VI, n° 82, p. 80.

tiers donneur de gage qui aura détruit, détourné ou tenté de détruire ou de détourner des objets par lui donnés à titre de gages. » L'exposé des motifs s'expliquait ainsi sur la nécessité de cette disposition : « Le vol étant la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, celui qui soustrait sa propre chose, même frauduleusement, ne commet pas un vol. Un débiteur soustrait la chose qu'il avait donnée en gage, ou détourne les objets saisis sur lui et confiés soit à sa garde, soit à celle d'un tiers : c'est un acte assurément très répréhensible, une infraction morale très grave, mais qui n'est pas atteinte par la pénalité du vol, et qui resterait impunie à moins de disposition spéciale. Cette disposition existe depuis 1832 en ce qui concerne les détournements des objets saisis ; on en a fait les §§ 2 et 3 de l'article qui nous occupe. On ne s'explique pas facilement que la prévision de la loi, éveillée par la jurisprudence, ne se soit pas portée aussi sur la soustraction de la chose donnée en gage. Mais quoi qu'il en puisse être des motifs ou des causes de cette omission, volontaire ou involontaire, c'est une lacune qui doit être remplie. Le prêt sur nantissement est devenu une manière d'opérer, une pratique heureuse du commerce et de l'industrie. Des lois récentes tendent à l'encourager et à le répandre le plus possible : nous avons des établissements de crédit dont c'est l'objet unique ou principal. Ces prêts se font pour des sommes considérables, sur des marchandises ou des produits de l'industrie, dont la nature et la quantité rendent difficile le placement immédiat sous la main des créanciers : il faut les protéger par une sanction pénale..... La disposition additionnelle, qui deviendrait le § 4 de l'article, fait, pour la chose donnée en gage, exactement ce qui fut fait, en 1832, pour les objets saisis, *confiés à la garde d'un tiers*. Les quelques mots ajoutés dans le paragraphe final n'ont pour objet que d'y faire entrer l'incrimination nouvelle. » Le projet n'avait prévu que le cas du détournement ou de la destruction par le débiteur ou l'emprunteur qui avait remis le gage. La commission, se prononçant sur un amendement d'un des membres du Corps législatif, y a joint le cas où le gage, remis par un tiers, serait détourné par celui-ci.

d'après les éléments du délit de détournement ou de destruction d'objets donnés en gage étant les mêmes que ceux de détournement ou de destruction d'objets saisis, nous n'avons [illegible] aux explications précédentes. On sait que le fait [illegible] considéré comme un vol par la loi romaine. [illegible] § 200 de son Commentaire III, s'exprimait ainsi, en [illegible] : *Aliquando etiam suæ rei quisque furtum, [illegible] si debitor rem, quam creditori pignori dedit, [illegible].* » Cette solution se légitimait par la conception étendue que les jurisconsultes romains donnaient à la qualification [illegible] : si le débiteur n'a pas soustrait la chose d'autrui, il a, du moins, commis un vol de possession, qui, alors, était assimilé au [illegible] *rei*. Peut-on soutenir que la loi de 1863, en introduisant cette incrimination, a repris la doctrine romaine ; qu'il y a aujourd'hui, dans notre droit, comme il y avait dans le droit romain, un *vol* de possession? La question mériterait peut-être d'être examinée au point de vue théorique. Mais il est bien certain que le législateur de 1863 a entendu *punir* et non *qualifier* comme *vol* ce fait, à coup sûr blâmable et malhonnête, qui avait été oublié par le Code pénal. Les travaux préparatoires de la loi de 1863, que nous venons de citer, montrent clairement que le législateur n'a ni cru, ni voulu incriminer un véritable vol. La définition de l'article 379 reste donc vraie : celui-là seul commet un vol, qui soustrait frauduleusement la *chose d'autrui*. Notre droit actuel ne reconnaît pas le *vol de possession*, et le délit qui nous occupe a des éléments spéciaux qui le distinguent de la soustraction frauduleuse et ne permettent pas de lui appliquer les règles particulières du vol ou de l'assimiler au point de vue de la récidive.

2238. La dernière partie de l'article 460 punit « celui qui aura recelé sciemment les objets détournés, les conjoints, les ascendants et descendants du saisi, du débiteur, de l'emprunteur ou tiers donneur de gage qui l'auront aidé dans la destruction, le détournement ou dans la tentative de destruction ou de détournement de ces objets, d'une peine égale à celle qu'il aura encourue. » Cette disposition est, à la fois inutile et dangereuse : *inutile*, car elle applique le droit commun de la complicité dans

les deux cas qu'elle prévoit, le cas de recélé et le cas de complicité par aide du conjoint, des ascendants et descendants du saisi ou du débiteur; *dangereuse*, car elle semble n'impliquer, dans la complicité par aide ou assistance du propriétaire qui a distrait ou détourné l'objet saisi ou donné en gage, que le conjoint, les ascendants ou descendants. Mais son but limite sa portée. Rappeler les principes généraux de la complicité en matière de recel de choses saisies ou engagées, écarter l'application abusive qui aurait pu être faite de l'article 380, tel est uniquement le double objet de ce paragraphe. C'est en ce sens qu'il faut en rechercher l'exacte interprétation. Trois observations nous permettront de la préciser[17].

2239. Toute personne, qui participe au délit de détournement ou de destruction des objets saisis ou remis en gage commis par le débiteur, dans les conditions prévues par les articles 60 et 62 du Code pénal, doit être considérée comme complice et punie de la même peine que le débiteur ou le donneur de gage. C'est ce que la Cour de cassation a jugé, par arrêt du 17 février 1846[18], dans les termes suivants : « attendu que la loi du 28 avril 1832, en assimilant au vol le détournement ou la destruction de la chose saisie, a par là rendu applicable à cette infraction les dispositions de l'article 59 du Code pénal qui veut que le complice du délit soit puni de la même peine que l'auteur de ce délit, sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement ; qu'on ne peut trouver cette exception notamment dans la disposition de l'article 400 précité, qui punit la coopération du conjoint, des ascendants et des descendants du saisi ; qu'en effet cette disposition, qui n'est nullement restrictive, a eu pour unique objet de constater que l'article 380 du même Code serait, dans le cas prévu, sans application ».

2240. Les conditions, pour que la complicité du délit de destruction ou de détournement des objets saisis ou donnés en gage soit incriminée, sont les conditions générales et de droit commun. C'est ainsi que l'article 400, qui prévoit le cas de la

[17] Sur tous ces points, BLANCHE, t. VI, nos 84 et 88
[18] S. 46. 1. 282.

complicité par recélé et y applique la peine du fait principal, rappelle les principes généraux, énoncés dans l'article 62 du Code pénal, et ne prononce la peine du délit que contre celui qui a agi *sciemment*.

2241. Il ne faut pas assimiler à des complices les tiers qui, dans un autre intérêt que celui du saisi, coopèrent à des actes de détournement [19]. En effet, lorsque les objets saisis ou donnés en gage ont été détournés par un autre que le saisi ou le donneur de gage, il y a lieu de rechercher dans *quel intérêt* le détournement a été commis, car de cette question va dépendre le point de savoir s'il s'agit du fait de complicité, prévu par l'article 400, ou d'un vol ordinaire, soumis aux règles du droit commun. Si le détournement a été effectué par le tiers dans son intérêt personel, ce fait constitue une soustraction frauduleuse, car il s'applique à la chose d'autrui. Par suite, ce fait subit, comme tous les vols, les conséquences des circonstances aggravantes qui peuvent l'accompagner. Au contraire, si le tiers n'a agi que dans l'intérêt du saisi ou du donneur de gage qu'il a ainsi aidé à commettre le délit prévu par l'article 400, cette coopération n'est qu'un acte de complicité, se rattachant au fait même puni par cette disposition [20]. Cette distinction est-elle applicable au détournement commis par le conjoint, l'ascendant ou le descendant du saisi ou du donneur de gage? Il est bien certain que si ces personnes ont agi dans l'intérêt de leur parent ou allié, si elles sont ainsi complices du détournement d'objets saisis ou donnés en gage, elles sont passibles des peines que leur parent ou allié a encourues. C'est la disposition même du dernier paragraphe de l'article 400. Mais que décider si elles ont agi dans leur propre intérêt? La difficulté vient de ce qu'elles ont commis un vol, portant sur des objets appartenant à une personne, vis-à-vis de laquelle elles jouissent de l'immunité pénale de l'article 380. Il semble, par conséquent, qu'elles soient à l'abri d'une poursuite. Mais il ne faut pas s'arrêter à la situation apparente; il faut voir le fond des choses. Dans

[19] Voy. Lyon, 23 mars 1898 (D. 98. 2. 510).
[20] *Sic*, Cass., 11 avril 1845 (S. 45. 1. 472).

ce cas, en effet, la soustraction frauduleuse cause un préjudice, non seulement au saisi ou au donneur de gage, mais encore et surtout aux créanciers saisissants ou gagistes. C'est dans l'intérêt de ceux-ci surtout que la répression a été organisée. J'en conclus que les parents ou alliés du saisi devront être considérés comme étrangers et subir toutes les conséquences de leur délit.

§ CXLV. — DE LA FILOUTERIE D'ALIMENTS.

(C. p., art. 401 § 4).

2242. De la filouterie d'aliments ou grivèlerie. — **2243.** Éléments du délit. — **2244.** Cette infraction ne doit pas être assimilée à un vol.

2242. La loi du 26 juillet 1873 a ajouté à l'article 401 un paragraphe ainsi conçu : « Quiconque, sachant qu'il est dans l'impossibilité absolue de payer, se sera fait servir des boissons ou des aliments qu'il aura consommés en tout ou en partie, dans des établissements à ce destinés, sera puni d'un emprisonnement de six jours au moins et de six mois au plus, et d'une amende de 16 francs au moins et de 200 francs au plus. »

La filouterie d'aliments[1] devait être prévue par une disposition spéciale, car il était impossible de la faire rentrer soit dans les termes du délit de vol, soit dans ceux du délit d'escroquerie. Le vol suppose, en effet, une soustraction ; et celui qui se fait servir des aliments ne les vole pas, puisque ces aliments lui sont volontairement servis par le restaurateur ou l'aubergiste. L'escroquerie suppose des manœuvres frauduleuses pour obtenir la remise d'un objet, et l'agent qui pénètre dans un débit, un restaurant, une auberge et demande à boire ou à manger, n'use d'aucune manœuvre pour se faire servir les boissons ou

§ CXLV.[1] Ce délit porte plus ordinairement, dans la langue courante, le nom de *grivèlerie*, du verbe *griveler*, qui, d'après Littré, a le sens de « faire de petits profits secrets et illicites. » Voy. COUCHARD, *Des délits commis au détriment des hôteliers, cafetiers, restaurateurs* (Th. doct., Paris, 1874). L'expression « filouterie », qui a toujours désigné les vols avec adresse, est évidemment inexacte dans son application à ce délit.

les denrées qu'il consomme[2]. Il y avait donc, dans ce fait, une fraude, dont les aubergistes et débitants étaient souvent victimes et qui restait impunie avant 1873[3]. Mais pourquoi les aubergistes, hôteliers et cafetiers, seuls entre tous les fournisseurs, jouissent-ils du privilège de pouvoir faire condamner correctionnellement les clients insolvables qui les ont frustrés? Pourquoi le même droit n'appartient-il pas à un boulanger, un épicier, un boucher? C'est que les conditions mêmes dans lesquelles s'exercent les professions protégées mettent le fournisseur d'aliment hors d'état de vérifier si le consommateur a de quoi payer, et il importe au public que ces fournitures s'accordent facilement et de confiance, sans exiger les vérifications préalables qu'un autre fournisseur peut toujours faire quand un client inconnu se présente et demande la livraison de marchandises à crédit.

2243. Le délit n'existe que par la réunion des trois circonstances suivantes : 1° Il faut s'être fait servir des boissons ou des aliments, et les avoir consommés en tout ou en partie; 2° dans un établissement à ce destiné; 3° sachant qu'on est dans l'impossibilité absolue de payer.

Les deux premiers éléments se rattachent à la *matérialité* du délit; le dernier, à sa *moralité*.

a) S'être fait servir des *boissons* ou des *aliments*, ce qui implique promesse de payer, telle est la condition essentielle de l'incrimination. Mais il est nécessaire que ces boissons ou ces aliments aient été *consommés* en tout ou en partie : la loi ne

[2] La jurisprudence décidait, avant la loi du 26 juillet 1873, que si la filoutérie d'aliments ne constituait, en principe, ni un vol (Voy. Cass., 20 février 1840, S. 40. 1. 576; 5 novembre 1847, S. 48. 1. 153), ni une escroquerie (Bourges, 5 mars 1840, S. 41. 2. 149; Bourges, 12 septembre 1840, S. 41. 2. 184; Bordeaux, 18 mars 1847, S. 48. 2. 190; Cass., 18 février 1864, S. 64. 1. 166), elle pouvait, au contraire, constituer le délit d'escroquerie, si elle était accompagnée des manœuvres caractéristiques de ce délit (Voy. Cass., 18 février 1864, précité, et, depuis 1873, Cass., 11 novembre 1880, S. 81. 1. 435). La solution serait, en effet, toujours exacte.

[3] La nécessité de cette innovation législative est démontrée par plus de trois mille condamnations que prononcent annuellement de ce chef les tribunaux correctionnels. Voy. PLANIOL, *Rev. crit.*, 1893, p. 565.

punit pas la *tentative* : elle suppose le *préjudice* soit complètement soit en partie *réalisé*. Le fait d'avoir obtenu à crédit des *marchandises*, autres que des aliments ou des boissons, sachant bien qu'on ne pourrait les payer, n'est pas, par lui-même, constitutif d'un délit; mais si l'agent avait employé des manœuvres frauduleuses, il serait passible de l'article 405. C'est donc, avec raison, qu'il a été jugé, à plusieurs reprises, que notre disposition n'était pas applicable à l'individu qui s'est fait admettre à crédit dans une auberge et s'y est fait donner à crédit le *logement* et la nourriture[4]. Cette solution résulte du reste, à n'en pas douter, des travaux préparatoires de la loi du 26 juillet 1873. Le projet primitif portait : « Quiconque, sachant qu'il est dans l'impossibilité de payer, se sera fait servir des boissons et des aliments dans un restaurant, dans un café ou dans un hôtel, *ou se sera fait donner un logement dans un hôtel.* » Or, ces dernières expressions ont été retranchées du projet de loi, par ce motif que l'assimilation de l'acte de se faire donner un logement dans un hôtel, « à l'acte de se faire servir des boissons ou des aliments dans un restaurant, pouvait présenter certains dangers, et n'était pas entièrement exacte[5]. »

b) L'acte dont il s'agit n'est punissable que s'il est commis au préjudice, non d'un particulier qui ne fait pas métier de servir des aliments ou boissons, mais du propriétaire d'un établissement à ce destiné, auberge, cabaret, café, restaurant.

c) La mauvaise foi du prévenu ne peut être établie qu'à une

[4] Paris, 22 février 1883 ; Douai, 14 novembre 1883 (S. 86. 2. 124); Nîmes, 16 mars 1887 (S. 87. 2. 105); Amiens, 7 mai 1897 (S. 97. 2. 259). La loi du 26 juillet 1873 ne s'applique pas au fait de consommer des boissons ou des aliments, en sachant qu'on est dans l'impossibilité de payer ces dépenses, si le consommateur est logé dans l'hôtel où il a pris sa nourriture : Trib. corr. Narbonne, 2 février 1891 (D. A. supplément, v° *Vol*, n° 101).

[5] *J. off.*, mai 1872, p. 3414, 1re col. Du reste, le délit de *grivèlerie*, imputable à l'individu qui, se sachant dans l'impossibilité de payer, se fait servir des aliments ou des boissons dans un cabaret dont le patron est fondé à compter sur un paiement immédiat n'existe pas lorsque le cabaretier ou l'aubergiste a suivi la foi du consommateur et lui a fourni à crédit la nourriture et le logement. *Sic*, Paris, 22 février 1883 et Douai, 14 nov. 1883 (D. 86. 2. 101).

double condition. Il faut, d'abord, que celui-ci ne possède pas effectivement des ressources suffisantes pour payer sa consommation, et il n'y a pas lieu, dès lors, d'examiner si l'agent, qui s'est fait servir des aliments, a faussement prétendu, pour ne pas les payer, qu'il n'avait pas d'argent[6]. Être *dans l'impossibilité* de payer, telle est, en effet, la circonstance matérielle du délit. Mais il faut aussi que le prévenu connaisse cette circonstance et *sache* qu'il ne peut payer. Par conséquent, l'arrêt qui condamnerait un prévenu pour s'être fait servir et avoir consommé des aliments qu'il était dans l'impossibilité de payer, sans affirmer la connaissance que le prévenu devait avoir de cette impossibilité, omettrait la constatation d'un des éléments essentiels du délit[7].

2244. Cette infraction doit-elle être assimilée à un vol, à une escroquerie ou à un abus de confiance, au point de vue de la relégation ou de la récidive? Nous avons déjà examiné cette question et nous l'avons résolue par la négative[8]. C'est précisément parce que le fait qui la constitue ne peut être considéré ni comme un vol, ni comme une escroquerie, ni comme un abus de confiance que le législateur a dû intervenir en 1873. A la vérité, le délit de filouterie est juxtaposé, dans l'article 401, aux larcins et filouteries qui sont inconstestablement des vols. On a même repoussé un amendement qui proposait de le joindre à l'article 405, c'est-à-dire au délit d'escroquerie[9]. Mais la place définitivement choisie n'a pu modifier la nature du fait qui n'est

[6] Toulouse, 10 mars 1881 (S. 82. 2. 45).

[7] Cass., 21 janvier 1886 (*B. cr.*, n° 24).

[8] Sic, Cass., 22 février 1895 (D. 96. 1. 137); 30 mars 1899 (*B. cr.*, n° 70), au point de vue de la récidive de l'art. 58 du Code pénal. Comp. Cass., 2 déc. 1898 (*Journ. des parq.*, 99, p. 143).

[9] On ne s'explique guère, du reste, que le législateur ait placé, sous la rubrique de l'article 401, ce délit auquel il manque le premier élément du vol, la soustraction frauduleuse, et il nous semble, comme à d'autres (Voy. par exemple : H. Péret, *De la réforme du Code pénal*, p. 60), que cette disposition se trouverait bien mieux à sa place à la fin de l'article 405 qui punit l'escroquerie. L'observation en fut faite à l'Assemblée nationale par M. Amat, mais on ne l'écouta pas. *Journ. off.* du 27 juillet 1873. Voy. S. 1873, *Lois ann.*, p. 436.

certainement pas un vol, et se rapprocherait plutôt de l'escroquerie.

On ne s'explique pas, du reste, la peine de l'amende prononcée avec celle de l'emprisonnement : les auteurs de filouterie d'aliments sont, sans exception, des gens dénués de ressources, et c'est une erreur fiscale, que d'obliger le juge, s'il n'accorde pas de circonstances atténuantes, à prononcer une amende, ordinairement irrécouvrable.

SECTION DEUXIÈME

Banqueroute, escroqueries et autres espèces de fraude.

---

§ CXLVI. — DE LA FRAUDE PUNISSABLE.

2245. Caractère propre de la fraude. — **2246.** Double dificulté que présente la législation de la fraude. De la fraude civile et de la fraude pénale. Distinction de la fraude, du faux et du vol. — **2247.** Evolution historique de l'idée de fraude. — **2248.** Code pénal français. Division.

2245. La fraude est un procédé d'exécution des délits contre la propriété qui consiste à obtenir, par une manœuvre mensongère, la remise d'une valeur (*dol*) ou à frustrer, par une appropriation frauduleuse, la confiance d'un créancier (*fraude* proprement dite). C'est une des deux formes de la criminalité, car on a toujours distingué le *fraude delinquere* et le *vi delinquere*. Mais d'après la notion juridique du mot, l'expression « fraude » a un sens plus étroit et plus précis : il y a fraude, quand le moyen employé, pour obtenir un gain illicite au préjudice du patrimoine d'autrui, consiste dans la violation de la foi privée. Or, *grave est fidem fallere*, et il faut que la loi protège l'activité humaine s'exerçant dans le cercle des conventions qui intéressent le patrimoine. Par cette raison même que les conventions ont leur racine dans le libre consentement des contractants et doivent être exécutées fidèlement telles qu'elles ont été contractées, la *bona fides* est l'élément essentiel de leur *for-*

mation comme de leur *exécution* (C. civ., art. 1134 et 1135). Quiconque, par conséquent, surprend la *bonne foi* d'autrui en le faisant tomber dans l'*erreur*, ou abuse de la *confiance* qu'autrui a mise en lui, viole le droit de l'individu, victime d'une *fraude*, dans la sphère de son activité patrimoniale.

2246. La législation de la fraude présente, dans son organisation, deux espèces de difficultés.

D'un côté, il faut séparer, par une ligne suffisamment précise, la *fraude* ou le *dol civil*, qui ouvre simplement à la personne lésée une action en réparation du préjudice dont elle a souffert, de la *fraude pénale* ou *dol pénal* qui fait encourir, en outre, à celui qui l'a employée, une peine publique. Le point de démarcation entre le domaine du droit criminel et celui du droit civil est si difficile à fixer que les juristes de tous les siècles s'y sont essayé, sans y réussir[1]. Le double critère, le plus souvent proposé pour distinguer le dol criminel du dol civil, et qui consiste, d'une part, en ce que les moyens employés pour tromper doivent être de nature à rendre vraisemblable le mensonge, d'autre part, en ce que ces moyens doivent être de nature à faire illusion à un homme d'une prudence ordinaire, nous paraît insuffisant et dangereux. La fraude consiste bien dans l'*erreur* produite par l'emploi de certaines manœuvres : mais définir les fraudes punissables par la nature des moyens qui ont été employés pour les produire, serait une erreur de même nature que celle qui consisterait à définir le délit de coups et blessures par la nature de l'arme dont l'agent s'est servi. La fraude, c'est l'erreur intentionnellement produite dans le but de s'approprier le bien d'autrui : tous les artifices, toutes les manœuvres, tous les procédés, de quelque nature qu'ils soient, propres à amener ce résultat, rentrent dans la notion générale de la fraude. C'est à la loi qu'il appartient, en suivant

§ CXLVI. [1] Voy. notamment : Mascoli, *Intorno all'incriminabilità delle frodi contrattuali* (*Rivist. penale*, t. XXVIII, 1888) ; Impallomeni, *Della frode punibile* (*Circolo giuridico* de Palerme, 1880 ; du même auteur : *Il codice penale italiano*, 1891, t. III, nos 729 et 741 ; Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, I, II, § 1122 ; Planiol, *Dol civil et dol criminel* (*Rev. crit.*, 1893, p. 361 à 373, p. 649 à 663).

les progrès et les évolutions de la civilisation, de caractériser les conditions de la fraude punissable. Les efforts des criminalistes, pour les fixer *à priori*, dans des formules générales, applicables à tous les temps et à tous les pays, resteront toujours illusoires et vains. Mais ce que la loi pénale a toujours puni, ce n'est pas la tromperie dans la conclusion d'un contrat ou la déloyauté dans son exécution, c'est le détournement de la chose d'autrui, commis par ce moyen; c'est le vol, en prenant cette qualification dans son sens général. La fraude ne devient un délit que quand elle a servi à s'emparer du bien d'autrui. Les domaines respectifs du droit civil et du droit pénal sont ainsi nettement tracés : la loi pénale fait un délit de toute atteinte à la propriété commise par soustraction, par tromperie, par déloyauté; il abandonne au droit civil la matière des conventions.

Le domaine des fraudes punissables touche ainsi à la frontière de deux autres espèces de délit : du *faux*, avec lequel la fraude a ceci de commun qu'elle consiste, comme le faux, dans l'altération de la vérité; du *vol*, avec lequel elle a de commun le but que l'agent cherche à atteindre, et qui est de se procurer un gain illicite au préjudice du patrimoine d'autrui. Mais le faux suppose la création ou l'altération d'un titre, le vol, la soustraction de la chose d'autrui [2].

[2] Cette observation avait été faite dans la première édition de cet ouvrage. Elle a été reprise, développée et mise au point par M. Planiol, dans l'article intéressant, précité, *Dol civil et dol criminel*. Notre collègue s'est attaché à déterminer les domaines respectifs de la loi civile et de la loi pénale au point de vue du dol. Il fait remarquer, tout d'abord, que les dols qui tendent à obtenir une dation ou un engagement relèvent presque tous du droit criminel en même temps que du droit civil. La zone dans laquelle, en France, la loi civile est seule à se préoccuper du dol est fort étroite. On la rencontre en deux points : 1° Le Code pénal, dans l'art. 405, donne une énumération limitative des procédés de dol, ce qui peut laisser certains cas en dehors de ses prévisions; 2° Le Code civil voit un dol dans la seule allégation mensongère : le Code pénal, sauf dans deux cas (faux nom, fausse qualité), exige des manœuvres. M. Planiol fait, en outre, remarquer combien sont différents les domaines d'intervention des deux ordres de législation. La loi pénale ne se préoccupe que de l'atteinte au droit de propriété : le dol criminel n'existe pas, si, par dol, on veut entendre le dol frappé d'une peine par lui-même. Le dol ne devient un délit que lorsqu'il sert à s'emparer du bien

[illegible] ces caractères qu'on remarque, dans [illegible] une double évolution, consistant, d'une [illegible] *pénale* de la *fraude civile*, et, d'autre [illegible] *diverses formes de fraudes punissables* soit [illegible] faux, soit de celle de vol. Le point de [illegible] en beaucoup d'autres matières, a été la con- [illegible] sont d'abord simplistes. C'est ainsi que [illegible] main, la *lex Cornelia de falsis*, spécialement [illegible] réprimer le faux dans les testaments et les [illegible] le point de départ du développement de l'in- [illegible] fraude. Sous l'Empire, en effet, la *lex Cornelia* [illegible] base du système répressif en cette matière ; mais [illegible] cas ont été ajoutés peu à peu aux cas prévus par [illegible] *quasi-falsa*). Le caractère commun des *falsa* et *quasi-* [illegible] l'offense à la foi publique (*fides publica*). Puis, on [illegible] à comprendre, sous la qualification supplétive du stel- [illegible] (*stellionatus*), les fraudes qui ne pouvaient rentrer sous [illegible] qualification de faux. Ces fraudes étaient réprimées comme [illegible] de stellionat, sans qu'on eût encore songé à séparer les fraudes civiles des fraudes pénales : *Quod enim in privatis judiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio*[3]. Dans les textes, nous trouvons énoncées, comme exemples du délit de stellionat, l'affectation d'une chose déjà affectée à un autre, en dissimulant la première obligation ; la falsification de marchandises ; la revente d'une chose déjà précédemment vendue, etc.[4] On comprend, en effet, sous la qualification de *stellionat*[5], tout délit commis au préjudice du patrimoine d'autrui, dans la perpétration duquel intervient *quædam* [illegible] *improbitas quæ non ita aperte agit*, et qui ne peut être [illegible] comme rentrant sous une autre qualification.

[illegible]

[illegible] *Traité élém.* [illegible]

[illegible] 47, 10.

[illegible] 4, D. *De stellionatu*.

[illegible]

[illegible] *stellionat*

Dans l'ancien droit germanique, on trouve bien diverses formes du délit de fraude, mais sans qu'il soit permis de reconstituer, avec ces fragments épars, un concept général, suffisamment précis et déterminé. Les populations germaniques, plus adonnées à l'agriculture qu'au commerce et à l'industrie, eurent peu l'occasion de souffrir de la fraude dans les relations contractuelles. Il faut arriver au développement industriel et commercial, qui caractérise l'Europe moderne, pour que le besoin se fasse sentir de la réprimer. Le droit romain fut naturellement dès lors invoqué et appliqué; mais, comme il manquait, en cette matière, de conceptions générales et précises, on chercherait en vain, dans le droit antérieur au nôtre, d'une part, la détermination des frontières du dol civil et du dol criminel, et, d'autre part, des cadres dans lesquels se trouveraient classées les diverses espèces de fraudes.

Les législations modernes ont, avec une rigueur plus ou moins grande, cherché à séparer la fraude civile et la fraude pénale. L'idée dont elles s'inspirent, c'est de ne pas punir la fraude en elle-même : les appropriations ou le détournement de la chose d'autrui, commis par ce moyen, caractérisent toujours le fait incriminé. Mais dans la détermination du procédé frauduleux qui qualifie l'appropriation ou le détournement, les systèmes législatifs se ramènent à l'un ou à l'autre des deux concepts suivants. Tantôt, le législateur fait mention, dans son incrimination, de la fraude en général, laissant, dans le domaine du juge, l'appréciation des faits divers qui pourront la constituer. Tantôt, il signale et frappe quelque mode particulier de fraude, comme d'avoir commis le fait en se masquant ou déguisant, en employant le faux costume, le faux nom ou un faux ordre de l'autorité, en feignant des plaies ou infirmités, en usant de fausses mesures, de faux poids ou de balances altérées, en faisant usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, et tant d'autres exemples.

2248. C'est à la division naturelle de la fraude dans la formation des conventions et de la fraude dans leur exécution, que le Code pénal de 1810 a emprunté les deux types fondamentaux d'appropriation ou de détournement frauduleux qu'il prévoit et

usses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, aître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou vénement chimérique. Critiques. — **2266.** Des manœuvres qui persuader l'existence de fausses entreprises. Exemples. — croquerie aux papiers fictifs. — **2268.** Escroqueries en ma- étés. — **2269.** Escroqueries en matière d'assurance. — **2270.** vres qui consistent à persuader l'existence d'un pouvoir ou d'un ginaire. — **2271.** Des promesses, moyennant finance, de faire un service public ou de procurer un emploi, une décoration ou avantage officiel. Distinction à faire. — **2272.** Des manœuvres qui faire naître l'espérance d'un succès, etc. Ce sont les plus usi- **2273.** De la menace d'imputations diffamatoires. Délit de chantage. De la tricherie au jeu. — **2275.** Des manœuvres frauduleuses se ant à l'exercice de l'art de guérir. — **2276.** De la divination. — **2277.** e condition du délit d'escroquerie : obtention d'un gain illicite, pou- préjudicier à autrui, au moyen des manœuvres frauduleuses. Observa- sur la manière dont la jurisprudence française a compris cette condition. 278. Délivrance des fonds, meubles, etc. — **2279.** L'escroquerie est un contre les biens et non contre les personnes. — **2280.** L'énumération des ets dont l'escroc veut obtenir la remise ou la délivrance a un caractère nplement démonstratif. — **2281.** Restrictions, en ce qui concerne cet ément, du champ de l'escroquerie. — **2282.** Troisième élément de l'es- roquerie : détournement des fonds ou valeurs. Quelle est la portée de cette condition? — **2283.** Interprétation doctrinale et jurisprudentielle de ces mots : « escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui. » Critique. — **2284.** De la fraude en matière d'escroquerie. — **2285.** De la tentative d'escroquerie. Distinction entre le délit tenté et le délit manqué. Faute d'avoir fait cette distinction, la jurisprudence a donné, jusqu'en 1863, l'exemple de fluctuations et d'incertitudes. Histoire des évolutions de la Cour de cassation. — **2286.** Loi du 13 mai 1863. Les deux formes de la tentative d'escroquerie. — **2287.** De la complicité en matière d'escroquerie. — **2288.** Peine de l'escroquerie. Observation sur les conséquences de la condamnation pour escroquerie au point de vue de la relégation. — **2289.** Action publique et action civile en matière d'escroquerie. Compétence. — **2290.** Preuve des faits constitutifs du délit. — **2291.** Constatation des éléments de l'escroquerie. — **2292.** De l'escroquerie et du faux.

2249. L'*escroquerie*, dans le sens vulgaire du mot, est le fait d'une personne qui emploie des manœuvres frauduleuses pour se faire remettre le bien d'autrui. C'est une variété du *vol*; elle n'en diffère que par le procédé. L'escroc, en effet, ne soustrait pas la chose, comme le voleur, malgré la volonté du propriétaire (*invito domino*); mais il en obtient, par la ruse, la remise volontaire[2].

[2] On peut comparer également l'escroquerie : 1° avec l'*abus de confiance*

2250. Il faut arriver à la loi des 17 et 22 juillet 1791 pour trouver une disposition générale sur ce genre de fraude. L'article 35 du titre 2 de ce Code renvoyait, devant les tribunaux de district, « ceux qui, par *dol* ou à l'aide de faux noms ou de fausses entreprises, ou d'un crédit imaginaire, ou d'espérances ou de craintes chimériques, auraient abusé de la crédulité de quelques personnes, et escroqué la totalité ou partie de la fortune d'autrui, » et, si l'escroquerie était prouvée, le tribunal avait la faculté, après avoir prononcé les restitutions et dommages-intérêts, de les condamner, « *par voie de police correctionnelle*, à une amende qui ne pouvait excéder cinq mille livres et à un emprisonnement qui ne pouvait excéder deux ans. » Cette disposition autorisait la confusion entre le *dol civil* et le *dol criminel* à un double point de vue : en ce qu'il suffisait, aux termes de cet article, pour constituer le délit, qu'une personne eût, par *dol*, abusé de la crédulité d'une autre et escroqué, par ce moyen, la totalité ou une partie de sa fortune ; en ce que la répression du dol étant abandonnée aux tribunaux civils, saisis de l'action en restitution et dommages-intérêts et chargés de réprimer subsidiairement et, en quelque sorte, par voie de conséquence, les manœuvres et les ruses qui se révélaient dans le procès. Le Tribunal de cassation, il est vrai, essaya de tracer la limite entre le dol civil et le dol criminel et décida que le dol criminel seul devait tomber sous l'application de la loi de 1791. Cette distinction fut encore confirmée par la loi du 7 frimaire an II qui attribua la connaissance du délit d'escroquerie aux tribunaux correctionnels. Mais le point de départ législatif favorisait l'extension arbitraire d'une qualification déjà bien élastique. C'est simplement ce que nous avons voulu constater.

qui implique une fraude et une remise, mais la remise y est antérieure à la fraude et le détournement s'exerce sur un objet préalablement confié (Voy. Rouen, 31 mars 1886, S. 86. 2. 152. Sur la comparaison entre l'escroquerie, le vol, l'abus de confiance : Cass., 22 mai 1856, D. 56. 1. 373 ; 2° avec le chantage ou l'extorsion, délits dans lesquels il y a aussi une remise, mais sous l'influence de la menace ou de la violence ; 3° avec la *falsification d'aliments* dans laquelle la remise n'est accompagnée ou précédée d'aucune manœuvre.

2251. Dans le Code pénal de 1810, on s'efforça, dit l'Exposé des motifs, « d'éviter, par la nouvelle définition de ce qui constitue le délit d'escroquerie, les inconvénients qui étaient résultés des rédactions précédentes. La suppression du mot *dol*, qui se trouvait dans les deux premières rédactions, ôtera tout prétexte de supposer qu'un délit d'escroquerie existe par la seule intention de tromper. En approfondissant les termes de la définition, on verra que la loi ne veut pas que la poursuite en escroquerie puisse avoir lieu sans un concours de circonstances et d'actes antécédents qui excluent toute idée d'une affaire purement civile. » On fit ainsi disparaître les mots « *par dol* », et on conserva, dans l'article 405, en la développant par l'addition des mots « *fausse qualité* » et « *pouvoir imaginaire* », l'énumération des procédés de tromperie que contenait déjà le texte du Code pénal de 1791. Grâce à ce changement, cette énumération a pris un caractère limitatif, et, depuis 1810, il est vrai de dire que l'impunité est la récompense assurée de l'escroc assez ingénieux pour inventer un procédé de tromperie ne rentrant dans aucun de ceux qui ont été limitativement énumérés. Du reste, les mailles du filet entre lesquelles il faudrait passer sont tellement étroites, dans l'interprétation de la jurisprudence, que la chose serait plutôt difficile.

Le Code pénal, qui avait ainsi essayé de donner une définition plus exacte du délit d'escroquerie, n'avait pas précisé, avec le même soin, les caractères de la tentative. Mais les hésitations de la jurisprudence sur ce point ont été levées par la loi du 13 mai 1863, et l'article 405 est aujourd'hui rédigé dans les termes suivants : « Quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer, ou aura tenté de se faire remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de

la fortune d'autrui, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de 50 francs au moins et de 3,000 francs au plus. — Le coupable pourra être, en outre, à compter du jour où il aura subi sa peine, interdit, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, des droits mentionnés en l'article 42 du présent Code : le tout, sauf les peines plus graves, s'il y a un crime de faux ».

2252. Le délit d'escroquerie se constitue ainsi par la réunion de trois éléments : 1° *L'emploi de moyens frauduleux*, consistant, soit dans l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit dans l'emploi des manœuvres frauduleuses spécifiées par la loi ; 2° Le *but de l'agent*, qui est de se faire remettre ou délivrer, ou de tenter de se faire remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges ; 3° Le *résultat* de l'opération, qui est le détournement de ces valeurs ou la tentative de détournement : il faut, en effet, que, par un des moyens spécifiés, l'agent ait *escroqué* ou *tenté d'escroquer* la totalité ou partie de la fortune d'autrui.

Nous aurons quelquefois à critiquer, au cours de ce travail, les exigences de la loi, mais il faut poser, en règle absolue, que toute condamnation, prononcée pour escroquerie, doit reconnaître, dans les faits reprochés au prévenu, ces diverses conditions, *dont la réunion seule constitue le délit*. Que les tribunaux se trouvent souvent dans l'impuissance de réprimer certains faits qui sont, au fond, de véritables escroqueries, soit parce qu'il n'y a pas eu emploi de l'une des manœuvres frauduleuses prévues par la loi, soit parce que si l'une de ces manœuvres frauduleuses a été employée, elle n'a pas eu pour but de persuader l'existence d'une fausse entreprise, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou de faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, c'est un point que nous ne contestons pas. Mais, s'il est regrettable de laisser échapper quelques escrocs, il serait plus regrettable encore de juger, en pareille matière, *more prætorio*, et de faire rentrer, de force, dans le cadre de la répression, des agissements malhonnêtes que la loi n'a pas cru devoir

punir. Les conditions de l'article 405 sont, du reste, assez souples pour se prêter à l'évolution d'une criminalité qui change de forme quand changent les mœurs et les milieux sociaux. L'escroquerie est, en effet, le *protée* du droit pénal moderne, le délit dans la recherche duquel le magistrat doit déployer toute la finesse d'un jurisconsulte et tout le tact d'un moraliste[3].

2253. *Emploi de moyens frauduleux.* — La première condition du délit, c'est l'emploi de certains moyens frauduleux, limitativement énumérés par l'article 405. Ces moyens sont au nombre de trois, et il n'est pas nécessaire (c'est là une observation d'une importance décisive), que la remise des fonds ou autres objets spécifiés ait été *cumulativement* déterminée par l'emploi de ces trois moyens réunis ; il suffit que cette remise ait eu pour cause l'emploi d'*un seul* des moyens prévus par l'article 405, c'est-à-dire l'emploi : *a*) soit d'un faux nom ; *b*) soit d'une fausse qualité ; *c*) soit des manœuvres frauduleuses indiquées[4].

[3] Un auteur allemand Pfizer dit que la science n'est pas en état de déterminer le critère qui sépare le dol criminel du dol civil, et qu'elle a besoin de s'en rapporter au *tact juridique* du magistrat (*Der Betrug in Vertragsverhaltnissen* dans l'*Allgmeine Deutsche Strafrechts-Zeitung*, 1873). Aussi conviendrait-il peut-être de ne pas restreindre légalement le domaine des combinaisons dolosives punissables et de laisser, par la rédaction même de la loi, la possibilité, pour les juges, de les incriminer toutes. En Belgique, quand on a revisé le Code pénal français de 1810, on a rendu à la définition de l'escroquerie la souplesse et la généralité qu'elle avait dans le Code de 1791. On lit dans l'art. 496 du C. p. belge de 1867 : « Quiconque... aura employé des manœuvres frauduleuse pour.... » Ici se place la même énumération que dans le Code français, puis viennent ces mots : « ou pour abuser *autrement* de la confiance ou de la crédulité... » Ce mot « autrement » permet au juge de punir, quel que soit le procédé employé par l'escroc. Le Code pénal italien a, de même, une rédaction très large : « Quiconque se procure un injuste profit *en induisant quelqu'un en erreur à l'aide d'artifices ou de ruses...* » (art. 413). Même sytème dans les Codes d'Allemagne, § 262 ; d'Autriche, § 197; de Hongrie, § 379; du Tessin, art. 384; de Zurich, § 182. Tous ces Codes font consister l'escroquerie dans l'acte d'induire ou de maintenir une personne en erreur, pour se procurer un avantage illégitime.

[4] La jurisprudence et la doctrine sont aujourd'hui constantes sur ce point. Voy. par exemple : Cass., 12 août 1887 (*B. cr.*, n° 318). Blanche, t. VI, n° 161.

Parmi ces procédés d'escroquerie, les deux premiers sont en quelque sorte définis et nommés par la loi, le troisième est indéterminé et pour ainsi dire innommé; il se caractérise par son résultat.

Aussi je rapproche, dans une même étude, les deux premiers procédés.

2254. L'usage d'un *faux nom* ou d'une *fausse qualité*, qui rentrait toujours, dans l'ancien droit, sous la qualification générale du *crimen falsi*, est, aujourd'hui, considéré comme une des manœuvres constitutives de l'escroquerie, comme un fait essentiellement frauduleux, qui ne peut devenir l'élément matériel d'un faux que lorsqu'il a eu lieu dans un *écrit* destiné à faire *preuve* de son contenu, c'est-à-dire du nom dont on s'est faussement affublé ou de la qualité que l'on a indûment prise[5]. Avant d'examiner ce qui constitue, d'une manière précise, soit l'usage d'un faux nom, soit l'usage d'une fausse qualité, il importe de poser trois règles qui sont communes à ces deux procédés d'escroquerie.

2255. La première, c'est que l'emploi de ces procédés est par lui-même et par lui seul, une manœuvre frauduleuse, suffisante pour constituer le délit, lorsque les deux autres éléments de l'escroquerie se rencontrent. Il suffit, en un mot, qu'un individu, abstraction faite de tout autre moyen de tromperie, ait pris un *faux nom*, ou ait fait usage d'une *fausse qualité*, et que, soit à l'aide de ce faux nom, soit à l'aide de cette fausse qualité, il se soit fait remettre ou délivrer, ou ait tenté de se faire remettre ou délivrer des fonds, etc., pour qu'il tombe sous le coup de l'article 405. Il en est tout autrement du troisième procédé d'escroquerie : l'emploi des manœuvres frauduleuses. La loi ne punit, en effet, que celles qui ont eu pour but de persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou de faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique. Distinction capitale, que la Cour de cassation a toujours fait respecter, en affirmant, « que le membre de phrase de l'article

[5] *Suprà*, t. III, n° 1102. Comp. Paul Dorigny, *op. cit.*, p. 409 à 417.

405, dont les termes sont *pour persuader* l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, ne se rapporte qu'à l'emploi de manœuvres frauduleuses, et non à l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité[6]. »

2256. Ces manœuvres, qui ont paru suffisamment caractérisées par elles-mêmes pour constituer le délit, doivent être mises en rapport avec leur *but* et leur *résultat*. Il est évident, en effet, que le seul emploi d'un faux nom dans un contrat, par exemple dans une vente, un louage, un emprunt, le seul usage d'une fausse qualité ne serait pas une escroquerie. Il faut pour qu'il y ait délit, d'une part, que cette manœuvre ait été employée par l'agent pour obtenir d'un tiers des sommes ou valeurs, ou pour arriver à lui faire souscrire des promesses, obligations ou décharges, et, d'autre part, que l'emploi d'un faux nom ou l'usage d'une fausse qualité ait été la cause déterminante, pour ce tiers, de la remise des fonds et valeurs qu'il a consentie.

[6] Cass., 5 mai 1810 (S. *Coll. nouv.*, t. VI, 1. 229); 28 mars 1839 (S. 40. 1. 816); 19 septembre 1844 (*B. cr.*, n° 322); 14 mars 1878 (S. 79. 1. 94); 8 avril 1881 (*B. cr.*, n° 99); 24 juin 1887 (*B. cr.*, n° 242); 4 novembre 1887 (*B. cr.*, n° 365); 23 décembre 1887 (*B. cr.*, n° 445); 6 février 1890 (*Pand. franc.*, 90. 1. 498). La doctrine est conforme : Chauveau et Hélie, t. V, n° 2197); Blanche, t. VI, n° 161. L'emploi d'une fausse qualité ou l'usage d'un faux nom, peut, du reste, faire partie d'un ensemble de manœuvres frauduleuses et concourir, à ce titre, à la constitution du délit d'escroquerie : Cass., 2 août 1877 (*B. cr.*, n° 167) : « Attendu que l'arrêt attaqué constate que le demandeur en cassation se présentait au public sous de fausses qualités qui étaient de nature à inspirer confiance, promettait de bons revenus au moyen d'un travail facile et productif, se disant seul inventeur en France et à l'étranger d'un procédé pour préparer une boisson populaire approuvée par les conseils d'hygiène des principales villes de France, et obtenait ainsi, par ces annonces et ces promesses mensongères, des remises de fonds, en échange du prétendu secret qu'il consentait à faire connaître et qui n'était, en réalité, qu'une recette sans valeur qui n'était un secret pour personne et figurait dans tous les recueils qui sont ordinairement à la disposition du public ; attendu, en conséquence, que ces fausses qualités, ces promesses et ces annonces faites de mauvaise foi établissent un ensemble de manœuvres frauduleuses suffisamment caractérisées et constitutives du délit d'escroquerie. »

Si la victime de l'escroquerie a été amenée à donner des fonds, à consentir une obligation, à libérer un débiteur, par la croyance que celui qui a changé son nom avait bien le droit de porter le nom dont il s'est emparé, que celui qui a pris la qualité d'ingénieur, par exemple, ou le titre de marquis, avait bien cette qualité ou ce titre, la manœuvre frauduleuse employée lui a causé ou a pu lui causer un préjudice, et le délit ou la tentative de délit existe bien. Mais dans le cas contraire, l'emploi d'un faux nom ou l'usage d'une fausse qualité ne serait constitutif du délit que si cette manœvre se combinait avec d'autres faits extérieurs dont l'ensemble formerait l'escroquerie[7].

2257. Une dernière règle commune à ces procédés frauduleux, c'est qu'il n'y a pas escroquerie, même en cas d'emploi d'un faux nom ou d'usage d'une fausse qualité, lorsque la victime, qui a consenti à remettre les fonds, peut s'en prendre à elle-même du préjudice qui lui a été causé parce qu'elle était en mesure de démasquer l'inculpé et de connaître facilement soit son véritable nom soit sa qualité réelle. La loi ne peut protéger que les personnes qui se protègent elles-mêmes[8]. La jurisprudence a fait l'application de cette règle, particulièrement dans les cas suivants qui soulèvent tous des difficultés.

a) Serait-ce s'attribuer une fausse qualité que de se donner une *capacité* que l'on n'a pas, en trompant sur son état civil, par exemple, si, *mineur*, on se disait *majeur*, si, *femme mariée*, on se disait *fille* ou *veuve?* La Cour de cassation a décidé, dans ces deux cas, que lorsque la qualification employée pouvait facilement être vérifiée par ceux qui se prétendent

[7] *Sic*, Cass., 13 juin 1857 (*B. cr.*, n° 227), et la note précédente.

[8] *Sic*, Chauveau et Hélie, t. V, n°s 2199 et 2200. Mais cette solution n'est pas admise par Blanche, t. VI, n° 160. Nous ne l'admettons pas nous-même, en ce qui concerne le troisième procédé d'escroquerie : les manœuvres frauduleuses, qui ne résultent pas d'un fait simple, comme une prise de qualité. Mais en ce qui concerne les deux premiers procédés d'escroquerie, dans lesquels la manœuvre se réduit à un mensonge sur l'identité, l'état et la condition, il faut, à peine de punir de simples indélicatesses, mettre une certaine barrière entre le dol puni et le dol toléré : il faut que la victime soit vraiment une dupe. C'est à cette notion que nous rattachons les décisions de jurisprudence que nous analysons sous ce numéro

victimes, l'article 405 ne saurait recevoir d'application[9]. M. Blanche[10] admet cette solution, en s'appuyant toutefois, non pas sur ce motif que la personne escroquée était à même de s'éclairer sur la qualité prise par l'inculpé, car, dit-il, la loi ne distingue pas à cet égard, mais sur ce motif que, si la dissimulation de l'incapacité, résultant soit de l'état de minorité, soit de l'état de femme mariée, soit de l'état d'interdit, pouvait devenir un élément d'escroquerie, l'effet des lois civiles, relatives à la capacité des personnes, serait singulièrement compromis. En effet, d'une part, « la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait point obstacle à sa restitution », et, d'autre part, le mineur « n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit ». Ces dispositions des articles 1307 et 1310 du Code civil sont incompatibles avec une poursuite pour escroquerie ; il est clair, en effet, que si le mineur est condamné comme escroc pour s'être déclaré majeur, le principe posé par l'article 1307 perd toute valeur, puisque, condamné pour escroquerie, le mineur ne sera pas restituable contre l'obligation résultant de son délit. Même raisonnement en ce qui concerne la femme.

La déclaration de capacité n'est qu'un *mensonge* qu'il est facile de vérifier : la personne qui, en interrogeant celui avec qui elle contracte, s'arrête à une simple affirmation de capacité est évidemment imprudente et ne peut s'en prendre qu'à elle-même du préjudice qu'elle a subi. Il faut admettre, par con-

[9] Cass., 21 mars 1807 (*Coll. nouv.*, t. II, 1. 363) : « Considérant que dans les deux obligations notariées consenties respectivement au profit des sieurs Hertz, père et fils, par Marie-Élisabeth Huewart, celle-ci ne s'est point présentée sous un faux nom, mais seulement sous la qualification mensongère de fille majeure, jouissant de ses droits ; que, cette qualification ayant pu facilement être vérifiée par lesdits sieurs Hertz, ils ne pouvaient pas, sous prétexte d'ignorance à cet égard, prétendre qu'il avait été abusé de leur crédulité, non plus que dans le cas où ils auraient contracté avec un mineur qui se serait dit majeur, et qu'admettre, dans de pareilles circonstances, la poursuite en escroquerie, ce serait anéantir l'effet des lois civiles relatives à la capacité des personnes pour contracter valablement des obligations. » Comp. Cass., 15 juillet 1859 (*B. cr.*, n° 221).

[10] *Op. cit.*, t. VI, n° 160.

séquent, que l'individu, en se donnant une capacité civile qu'il n'a pas, pour tromper les tiers, et escroquer tout ou partie de leur fortune, ne peut, à raison de ce simple mensonge, être poursuivi en vertu de l'article 405. Mais cette prise de qualité est souvent accompagnée de manœuvres qui la corroborent, d'une mise en scène qui la rend vraisemblable, et, dans ce cas, nous ne voyons pas de raison juridique pour exempter le coupable des peines de l'escroquerie. La Cour de cassation a pu déclarer, par exemple, sans tomber en contradiction avec sa propre jurisprudence, qu'il y avait escroquerie, dans une espèce, où, de concert avec [illegible] nu Fournet, « la fille Bellier s'était attribuée, pour obte[illegible] se d'un acte, la fausse qualité de femme légitime d[illegible] en se présentant en l'étude du notaire et en contractant [illegible] sor[illegible]ellement sous les faux noms de femme Fournet[11]. » [illegible] résu[illegible], pour nous, le point de savoir s'il y a ou s'il n'[illegible] pas escroquerie, en cas d'affirmation d'une capacité civile que l'on [illegible] pas, dans le but de se faire remettre des fonds, ou d'obtenir d[illegible]s obligations, dispositions, billets, etc., est bien plus une qu[illegible]ion de fait qu'une question de droit. Elle devra être résolue d'[illegible]rès les circonstances[12].

b) L'individu qui, en affirmant faussement être *propriétaire* d'un objet perdu, se le fait remettre par un tiers, commet-il une escroquerie? Cette question, souvent soumise à l'examen des tribunaux, a donné lieu à deux opinions[13]. Pour soutenir

[11] Cass., 8 août 1867 (D. 68. 1. 41). Comp. Cass., 8 juin 1860 (D. 60. 5. 150).

[12] Comp. à raison de l'analogie, ce qu'on décide, au point de vue civil, au cas où une femme dotale dissimule son régime matrimonial : Cass., 4 juillet 1877 (S. 77. 1. 455); 16 février 1880 (S. 81. 1. 351), et la note de M. Labbé sous Cass., 23 novembre 1885 (S. 86. 1. 5).

[13] La Cour de cassation a toujours décidé qu'il n'y avait pas délit d'escroquerie de la part de celui qui s'est fait remettre des objets perdus en s'en disant mensongèrement propriétaire. Voy. Cass., 11 juillet 1861 (D. 61. 1. 454); 5 décembre 1862 (D. 63. 1. 140); 12 février 1863 (D. 63. 1. 109); 11 décembre 1879 (S. 86. 1. 336); 4 février 1898 (D. 99. 1. 584, et la note). Mais un certain nombre de Cours d'appel se sont montrées réfractaires à ce système : Douai, 3 décembre 1862 et 12 février 1863 (D. 63. 2. 268); Besançon, 3 avril 1879 (S. 79. 2. 295). La Cour de Nancy, dans un arrêt du 16 juin 1897 (*France judic.*, 7 mai 1898, p. 217), s'est ralliée au système de la

qu'un fait de ce genre tombe sous l'application de l'article 405, on peut dire qu'il constitue l'usage d'une fausse qualité, celle de propriétaire de l'objet, et qu'il n'est pas besoin d'autres manœuvres frauduleuses pour l'existence du délit d'escroquerie, lorsque la remise des objets a eu pour cause déterminante la fausse qualité. L'opinion contraire nous paraît plus exacte. Pour que l'article 405 soit applicable il ne suffit pas, en effet, que l'agent se soit approprié, de mauvaise foi, des fonds ou des meubles appartenant à autrui, il faut encore qu'il y soit parvenu à l'aide d'un des procédés spécifiés par la loi. Or, lorsqu'un individu a simplement déclaré à un tiers qu'il était propriétaire d'un objet perdu, il n'y a là qu'un mensonge, et si ce mensonge n'a été appuyé, auprès de la personne trompée, ni par un moyen extérieur, ni par l'intervention d'un tiers, ni par une mise en scène quelconque de nature à capter sa confiance, le délit d'escroquerie n'existe pas, le prévenu n'ayant fait qu'*en imposer sur son droit*, et n'ayant pas employé une fausse qualité dans le sens de la loi[14].

c) On décide généralement encore que le fait, de la part d'un individu, de se donner, sans l'avoir, la qualité de *créancier*, ne constitue pas l'emploi d'une de ces fausses qualités « que l'article 405 admet comme élément du délit qu'il spécifie[15] ». Chacun étant à même de vérifier ses dettes, ne peut s'en prendre qu'à lui s'il se laisse induire en erreur sur ce point. En serait-il de même si, pour se procurer un crédit, qu'il n'aurait pas sans cela, l'agent affirmait être créancier d'une personne qui n'est pas celle de laquelle il veut obtenir une remise de fonds? La situation est évidemment moins nette ; mais, ici encore, ce n'est pas user

Cour de cassation. Comp. sur la question une dissertation de M. Hibon *Journ. du min. pub.* (1872, p. 12); Paul Dorigny, *op., cit.*, p. 16.

[14] On ne peut pas voir non plus, dans le détournement de l'objet remis, un abus de confiance, la remise ne rentrant dans les termes d'aucun des contrats spécifiés par l'article 408 du Code pénal. Dans une revision du Code pénal, M. H. Péret, *op. cit.*, p. 62, proposerait d'assimiler ce fait à un abus de confiance. « On peut considérer, en effet, la remise de l'objet comme un dépôt nécessaire dont l'abus rentre dans les prévisions de l'article 408. »

[15] Cass., 15 juillet 1869 (D. 70. 1. 237).

[illegible] de se dire créancier, c'est alléguer [illegible] mensonger, et cette affirmation ne peut [illegible] l'escroquerie que si elle est appuyée par [illegible] à la corroborer. L'application de cette [illegible] particulièrement à l'acte d'un commerçant qui [illegible] l'escompte des traites pour lesquelles il n'existe à l'échéance [illegible] aucune provision, ou une provision [illegible] qui [illegible] ainsi le montant de ces traites sous [illegible] l'escompte [illegible] en admettant qu'il n'y a pas prise [illegible] dans le fait de se dire créancier, nous voyons [illegible] auxquelles se livre ce commerçant une ma[illegible] à faire croire à un crédit imaginaire. Nous [illegible] sur l'escroquerie aux papiers fictifs.

2258. [illegible] *aux nom*, c'est employer un nom que l'on [illegible] qu'il soit purement imaginaire, ou qu'il [illegible] effectivement à un tiers[7]. On aura ainsi créé une [illegible] sur son identité, et si l'on a agi dans le [illegible] mettre les valeurs, le délit de l'article 405 sera [illegible] Mais l'agent qui fait usage d'un nom sous lequel il [illegible] désigné quoiqu'il ne soit pas le sien, ou, à l'in[illegible] usage [illegible] nom, alors qu'il est habituel[illegible] employé [illegible] car [illegible] accompagnée d'une les [illegible] ne peut faire rentrer, [illegible] d'user d'un nom qui [illegible] désigne. L'emploi [illegible] du délit d'escro[illegible] de vérifier, exclu[illegible] et sans que sa dé[illegible] la véritable identité du [illegible]

[illegible] 1888 [illegible] *infrà*.

[illegible] Cass., 14 août 1853 (S. 54, 1. [illegible] 1898 [illegible] 98, 2, 27).

[illegible] dans le cas où un [illegible]

2259. L'emploi d'une *fausse qualité* consiste dans le fait de se présenter, aux yeux d'une personne, comme revêtu d'un titre, d'un emploi, d'une fonction qu'on ne possède pas en réalité. Ordinairement, on entend par qualité la condition ou le rang qu'une personne occupe dans la société[19]. Ainsi, un individu se qualifiera d'un titre nobiliaire, se dira comte, marquis; il portera une décoration qui ne lui appartient pas; il se fera passer pour ingénieur, représentant de commerce; il prendra le titre de fonctionnaire, d'avocat, de médecin, d'officier. Cette fausse qualité suffira, indépendamment de toute autre manœuvre frauduleuse, pour constituer le délit, lorsqu'elle sera employée dans le but d'escroquer, par ce moyen, tout ou partie de la fortune d'autrui et qu'elle aura été la cause déterminante de la remise des fonds ou valeurs[20].

vidu prétendrait que le nom qu'il a employé est le sien et que, comme tel il avait le droit de le porter. « Attendu, dit un arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 1853 précité, que les articles 326 et 327 du Code civil ne s'appliquent qu'à la filiation des enfants légitimes, à leur possession d'état et à toutes les réclamations que peut faire naître leur suppression d'état; que ces questions sont sans rapport avec la question d'identité, dont la Cour était juge; que les faux titres et les faux noms usurpés par le demandeur, étaient autant d'éléments de délits que la Cour était appelée à constater et qu'elle avait le droit d'apprécier. » Dans le même sens : BLANCHE, t. VI, n° 162; CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 2198.

[19] « La fausse qualité, dit la Cour de cassation belge, dans un arrêt du 13 déc. 1860 (D. 60. 5. 156), s'entend indistinctement de toute qualité prise dans le but de tromper les tiers et de leur inspirer une confiance qu'ils n'accordent qu'en raison de cette qualité. » Est-ce à dire que toutes les *fausses qualifications* puissent rentrer dans les *fausses qualités*? S'il en était ainsi le concept de la fausse qualité serait tellement compréhensif qu'il embrasserait tous les mensonges. Le mot *qualité* garde dans l'art. 405 son sens naturel, et c'est pour ce motif, que la loi a jugé inutile de le définir. La qualité d'une personne, c'est sa condition ou son rang. Elle résulte de la nationalité, de l'état civil, de la profession, de la famille, des rapports juridiques avec les tiers. Tout ce qui ne sera pas cela ne rentrera pas dans la qualité. Notamment il ne faut pas voir la prise d'une fausse qualité : 1° dans l'indication d'un *faux domicile* (Angers, 5 mai 1886, *Gaz. Pal.*, 84. 1. 854; Aix, 27 février 1880, S. 80. 2. 261; Cass., 25 juin 1897, *B. cr.* n° 213); 2° dans le fait de se présenter comme *réformé* et exempt du service militaire (Lyon, 8 juin 1887, *Monit. jud.* de Lyon, 22 septembre 1887), etc.

[20] Voici quelques exemples, choisis dans la jurisprudence, de l'emploi

2260. Celui qui fait sciemment et volontairement usage d'une qualité qu'il a possédée, mais qu'il n'a plus au moment de l'action pour remplir des fonctions qui lui ont été retirées, et obtenir, en cette qualité, des remises de fonds, se rend certainement coupable d'escroquerie[21]. C'est user d'une fausse qualité, en effet, que de prendre une qualité que l'on n'a plus.

2261. Le troisième moyen d'escroquerie et le plus général, ce sont les « *manœuvres frauduleuses* ». L'expression est très large : elle correspond au *dolus malus* des Romains, que Labéon avait défini, avec la précision toute relative qu'on est en droit d'exiger en pareille matière : « *Omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam.* » Le problème qui se posait au législateur du Code pénal, comme il se pose à tous les législateurs, c'était de limiter le terrain du dol punissable. Toute définition, en pareille matière, sera non seulement périlleuse, elle sera forcément vague, équivoque, incomplète. Il faut cependant séparer l'escroquerie ou le *dol criminel* du simple dol qu'on est convenu d'appeler *dol civil* parce qu'il ne donne lieu

de ce procédé frauduleux. — L'individu qui, n'ayant que le mandat de liquider une succession, s'est faussement présenté comme ayant le mandat de toucher, et a, par ce moyen, réussi à se faire remettre le montant d'une créance de son prétendu mandant, est coupable d'escroquerie par l'emploi de la fausse qualité de mandataire : Cass., 12 juillet 1866 (D. 67. 1. 44). A rapprocher : Cass., 5 mars 1868 (D. 69. 1. 71) ; 9 septembre 1869 (*B. cr.*, n° 207) ; 8 juillet 1861 (*B. cr.*, n° 174). — Le fait d'avoir donné des certificats de visites, en percevant des honoraires et en prenant la fausse qualité de chirurgien, ou médecin, ou officier de santé, constitue l'escroquerie, puisque cette fausse qualité est la cause déterminante de la remise de fonds : Cass., 6 août 1807 (S. *Coll. nouv.*, t. IV, 1. 220). — Constitue également une escroquerie le fait de s'être attribué la fausse qualité de commissionnaire en marchandises et, en simulant une entreprise commerciale, d'obtenir de nombreuses livraisons de marchandises : Cass., 23 avril 1857 (*B. cr.*, n° 165) ; 20 juillet 1866 (*B. cr.*, n° 237) ; 16 juin 1881 (*B. cr.*, n° 154). — L'individu porteur de décorations qui ne lui appartiennent pas prend une fausse qualité. — Voy. pour d'autres exemples : Paul Dorigny, *op. cit.*, p. 12 et suiv.

[21] C'est, par exemple, une escroquerie, que de se faire remettre, par un libraire, des volumes d'un recueil, en prenant la qualité qu'on a cessé d'avoir, d'agent de l'administration de ce recueil. Cass., 9 septembre 1867 (S. 70. 1. 181). Comp. Cass., 28 novembre 1867 (S. 68. 1. 318).

qu'à une action civile. C'est à quoi s'est efforcé le Code pénal français, en exigeant, pour que le dol soit punissable, les trois caractères suivants : 1° qu'il consiste en une *manœuvre*, c'est-à-dire en un *artifice*, en quelque chose de plus que le simple *mensonge*; 2° que cette manœuvre soit *frauduleuse;* 3° qu'elle ait été employée *pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique.* Cet ensemble d'éléments caractéristiques se trouvé établi par la disposition précise de l'article 405, et par une suite de décisions uniformes de la Cour de cassation. Dans un arrêt de principe, rendu le 5 mai 1820, cette Cour fixe ainsi l'interprétation *ne varietur* de la loi : « Les expressions *manœuvres frauduleuses*, qui ont été substituées, dans l'article 405 du Code pénal, au mot *dol*, placé dans l'article 35 de la loi du 22 juillet 1791, et dont le sens était *trop général et trop vague*, n'ayant pas elles-mêmes une signification assez précise pour que l'application n'en pût pas devenir arbitraire, il a été, dans la prévoyance du législateur, de fixer le cas où cette application devait être faite, en déterminant *dans quel objet* ces manœuvres ont dû être employées, pour qu'elles puissent être jugées former une circonstance élémentaire du délit d'escroquerie; qu'à l'égard de l'*usage d'un faux nom* ou *d'une fausse qualité*, cet usage portant toujours sur un fait simple qui ne peut être susceptible de différentes interprétations, il n'a dû être caractérisé que par l'*effet qui pourrait en être résulté*, c'est-à-dire par la confiance qu'il aurait inspirée et l'abus qui aurait été fait de cette confiance, en se faisant remettre frauduleusement, par son moyen, des fonds, des meubles, des obligations, des décharges, etc. ». En un mot, la règle fondamentale qu'il ne faut jamais oublier, c'est que, dans l'application de l'article 405, « les manœuvres frauduleuses se lient nécessairement aux membres de phrases qui les suivent et ne peuvent en être séparés ». Nous allons reprendre ces trois conditions.

2262. Il faut d'abord des « manœuvres[22] ». La loi veut mar-

[22] D'après l'art. 1166 du Code civil, le dol civil impliquerait l'emploi de

les appuyer. C'est par ce motif, que la jurisprudence a considéré, comme ne tombant pas sous le coup de l'article 405 : — le fait d'un individu qui, sous de simples prétextes mensongers, a obtenu des emprunts et fait des achats[24 bis]; — le fait d'un domestique qui, loué par un cultivateur pour la saison des récoltes, obtient, à titre d'arrhes, la remise d'une certaine somme d'argent, et ne reparaît plus; — le fait d'un individu qui a offert de vendre, comme étant en or, des montres qu'il sait être en argent doré[25]; — ainsi encore, la seule présentation, même dolosive, par un marchand ou son commis, d'une facture exagérée, ne renfermerait pas la manœuvre frauduleuse constitutive du délit d'escroquerie[26]; — l'individu, non médecin, qui, sans prendre un faux nom ou une fausse qualité, s'est fait remettre de l'argent par un malade, en échange de promesses de guérison qu'il était hors d'état de tenir, ne peut être déclaré coupable d'escroquerie, si son affirmation mensongère n'a été accompagnée d'aucun fait qui puisse être considéré comme une manœuvre frauduleuse[27]; — pas plus que l'individu qui se fait remettre quatre pièces de cinq francs contre une pièce neuve de cinq centimes, en se bornant à affirmer que la pièce par lui échangée a une valeur de vingt francs[28]. — Il n'y a pas davantage escroquerie dans le fait d'avoir, dans un acte notarié, trompé un prêteur, en donnant comme garantie sérieuse la cession d'une hypothèque ou d'un privilège dont on s'est déjà dessaisi en faveur d'un premier cessionnaire[29]. — Ainsi encore

[24 bis] Cass., 1er juillet 1842 (*B. cr.*, n° 170); 14 septembre 1850 (*B. cr.*, n° 310); 20 mars 1852 (*B. cr.*, n° 104); 11 juillet 1861 (S. 62. 1. 48).

[25] Cass., 12 mai 1893 (D. 95. 1. 309).

[26] Cass., 9 avril 1875 (D. 75. 1. 45).

[27] Cass., 21 juin 1855 (D. 55. 1. 304).

[28] Cass., 19 février 1880 (D. 80. 1. 206). Conf. Cass., 23 août 1872 (D. 72. 1. 350); 17 janvier 1878 (D. 78. 1. 144). Comp. Caen, 18 décembre 1889 (S. 91. 2. 142). D'après ce dernier arrêt, le fait de l'individu qui dépose, dans la coupe d'une chanteuse, au moment de la quête faite par elle dans un café-concert, une pièce de 5 francs étrangère, qu'il sait être fausse, et reçoit 4 fr. 90 de monnaie, ne constitue pas, à défaut de manœuvres frauduleuses, le délit d'escroquerie. Voy. une hypothèse délicate. Cass., 4 mars 1898 (D. 99. 1. 59).

[29] Un grand nombre d'exemples ont été colligés par : David, *op. cit.*, n°s 37 et 38; Paul Dongnay, *op. cit.*, p. 40 à 49.

Du reste, les allégations mensongères constituent une manœuvre dans le sens de l'article 405, lorsqu'elles émanent d'une personne, dont les paroles, à raison de sa qualité, inspirent la confiance. C'est qu'en effet, bien que l'usage d'une qualité vraie ne puisse pas à lui seul constituer une manœuvre, l'abus qui en est fait pour donner force et crédit au mensonge, réalise cette mise en scène extérieure, élément primaire de l'escroquerie. Ce n'est donc pas une exception, c'est une application de la distinction générale du mensonge et de l'escroquerie[25].

2263. Les manœuvres frauduleuses sont employées pour déterminer la volonté de la victime, surprendre sa bonne foi, et l'amener à consentir une remise de fonds qu'elle n'aurait pas faite sans cela. Mais, dans l'appréciation de cette condition de l'*erreur* produite sur la victime par les *manœuvres constructives* du délit d'escroquerie, on peut se placer à deux points de vue. Exiger en quelque sorte, d'une manière abstraite, que les manœuvres soient de nature à tromper la prudence ordinaire de l'homme ; ou bien résoudre la question d'une manière concrète, et examiner si les agissements du prévenu étaient capables d'égarer la prévoyance de celui qui en a été la victime. La Cour de cassation paraît avoir adopté, pendant longtemps, la première manière de voir. Elle déclarait, en effet, dans un arrêt du 13 mars 1806 : « qu'il ne peut y avoir lieu à l'application des peines de l'escroquerie, qu'autant qu'il a été fait emploi de moyens de

commission des répartitions une déclaration inexacte, obtient ainsi, en abusant de sa qualité, l'admission de sa demande et se prévaut de cette adhésion, auprès de l'administration, pour faire dégrever de l'impôt des parcelles qu'il n'avait pas réellement replantées. — Cass., 28 février 1889 (D. 90. 1. 44; S. 89. 1. 237). Il s'agit de l'obtention par un voyageur civil d'un billet de chemin de fer taxé au quart du tarif. — Le fait par des distributeurs d'imprimés de les offrir à prix d'argent en les annonçant à haute voix comme contenant une nouvelle intéressante, alors qu'ils ne contiennent que des plaisanteries grossières, et le soin pris de les tenir dépliés pour corroborer leur annonce, en faisant apparaître aux yeux du public leur intitulé portant en gros caractères la prétendue nouvelle, constitue le délit d'escroquerie : Cass., 29 octobre 1886 (D. 87. 1. 366). Conf. Cass., 19 décembre 1884 (D. 85. 1. 41) et la note. On trouvera une collection d'espèces dans *l'Étude sur le délit d'escroquerie*, de Paul Dorigny, p. 50 à 112.

[25] Voy. sur ce point : Paul Dorigny, *op. cit.*, p. 76 à 82.

nature à compromettre la prudence et la sagacité ordinaires[36]; » et, dans un arrêt du 23 avril 1807 : « qu'il faut que le prévenu ait employé, par dol ou fraude, des manœuvres extrinsèques aux actes, capables de tromper la prudence qui dirige les opérations ordinaires du commerce[37]. » La jurisprudence se précisait dans un arrêt du 24 avril 1807; elle disait en effet : « qu'il faut distinguer l'abus de crédulité simple, praticable vis-à-vis d'un homme ordinaire, et l'abus de crédulité avec circonstances aggravantes, ourdies avec un art propre à tromper même de bons esprits; que le premier genre d'abus est un dol, dont, suivant les articles 1166 et 1167 du Code civil, la connaissance appartient à la juridiction ordinaire, et que le deuxième genre d'abus est soumis à la juridiction correctionnelle[38]. » Elle déclarait également, par un arrêt du 28 mai 1808 : « que l'abus de crédulité ne peut s'opérer que par des faits capables d'égarer la prudence ordinaire, de déconcerter les mesures de prévoyance et de sûreté qui, dans l'usage, accompagnent ou doivent accompagner toutes les transactions civiles ou commerciales; qu'on ne saurait considérer les actes volontaires d'une confiance inconsidérée comme un abus de crédulité[39]. » Cette jurisprudence qui se plaçait, par sa date, sous l'empire de la loi des 17-22 juillet 1791, a été, quelque temps, maintenue sous l'empire du Code pénal de 1810. Une femme avait proposé à un orfèvre de lui vendre des bijoux et les avait laissés en dépôt; elle envoit un tiers les marchander et en offrir un prix élevé. Déterminé par cette intervention, l'orfèvre les achète au-dessus de leur valeur. La Cour de cassation ne vit pas, dans ces faits, une escroquerie : « parce que cette manœuvre n'était pas de nature à tromper la *prévoyance ordinaire du commun des hommes*, et moins encore la prudence et la réflexion qui doivent diriger les négociants dans leurs opérations de commerce[40]. »

Cette jurisprudence était évidemment en contradiction avec

[36] Sir. *Coll. nouv.* t. II, 1. 223.
[37] *Journ. du Pal.*, 6. 46.
[38] *Journ. du Pal.*, 6. 48.
[39] *Journ. du Pal.*, 6. 715.
[40] 2 août 1811 (S. *Coll. nouv.*, t. III, 1. 388).

la notion juridique du délit que nous étudions. L'escroquerie consiste, dans son essence, à surprendre, par des manœuvres frauduleuses, la bonne foi de la victime : or, le prévenu, pour atteindre son but, mesure les moyens qu'il emploie sur l'intelligence de celui auquel il s'adresse, sur son état, son éducation, sa position. Tel moyen réussit avec telle personne, qui échoue avec telle autre. Qui fera cette appréciation, toute relative, toute concrète? Est-ce le législateur? est-ce le juge? Évidemment, ce ne peut être ni l'un ni l'autre. La manœuvre frauduleuse devient punissable, aussitôt qu'elle trompe, celui auquel elle s'adresse; et par cela même qu'elle le trompe, il est, en fait, démontré que la manœuvre a été *déterminante*, c'est-à-dire *proportionnée* et *adaptée* au but que voulait atteindre le prévenu. Déclarer que les ruses les plus grossières ne seront pas punissables, parce que la sagacité et la prudence ordinaires auraient pu et dû les déjouer, ce serait précisément ne pas vouloir protéger ceux qui ont le plus besoin de protection, les esprits faibles et bornés, que les escrocs de tous les temps ont surtout pris comme victimes.

Il faut donc approuver la jurisprudence d'avoir abandonné toute distinction entre les manœuvres capables d'égarer la prudence ordinaire et celles qui ne pouvaient avoir cet effet, et de s'être placée au seul point de vue juridique, en recherchant si les manœuvres incriminées ont été de nature à « tromper ou à surprendre la bonne foi d'autrui[1] ». L'article 405, en considérant, comme manœuvres frauduleuses constitutives de l'escroquerie, les agissements ayant pour objet de faire croire à un pouvoir imaginaire et de donner l'espoir d'un succès chimérique, montre bien, du reste, que la loi prend souvent pour base du délit : des manœuvres que la sagacité ordinaire aurait pu déjouer. Demander que la manœuvre soit de nature à surprendre la confiance d'un homme de moyen entendement, et exiger, chez la victime, un degré en quelque sorte abstrait de

[1] Ce sont les expressions de l'article 413 du Code pénal italien qui reproduit la formule même du Code pénal suédois. Sur la question : A. Lentel, *Rev. prat.*, 1877, p. 325 ; Paul Dupuy, *op. cit.*, p. 231 à 238.

vigilance et de prudence, serait donner au délit un moule évidemment trop étroit qui ne permettrait pas d'y comprendre les manœuvres les plus grossières, manœuvres qui sont souvent, vis-à-vis de certaines gens, les plus dangereuses[42].

2264. La seconde condition, c'est la *fraude*. Les manœuvres sont frauduleuses quand l'agent ne les a employées que dans l'intention d'induire en erreur sa victime. L'agent, qui est de bonne foi, ne tombe pas sous l'application de l'article 405. La mauvaise foi, élément essentiel du délit, consiste dans la conscience de tromper : si le prévenu a cru aux assertions ou promesses qui, appuyées par la mise en scène, ont déterminé la remise des fonds, il est bien certain qu'il ne peut être coupable du délit. La loi ne considère pas comme un escroc celui qui est lui-même trompé, et qui ne devient un trompeur que parce qu'il a été la première victime de ses propres illusions[43]. Cette observation s'appliquera particulièrement à ceux qui sont prévenus d'avoir employé des manœuvres pour persuader l'existence d'un pouvoir imaginaire[44]. Mais, dans la plupart des circonstances, les agissements même reprochés au prévenu impliquent sa mauvaise foi. Aussi la jurisprudence a-t-elle pu, avec raison, n'exiger, dans le jugement qui condamme pour escroquerie, que la précision des manœuvres constitutives du délit, l'emploi de ces manœuvres établissant suffisamment, par là même, l'intention coupable de celui qui les a pratiquées[45].

2265. Enfin, des manœuvres frauduleuses ne constituent le délit d'escroquerie que lorsqu'elles ont été employées pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la

[42] C'est donc avec raison qu'il a été jugé, par exemple, que celui qui se fait remettre une somme d'argent pour détruire un prétendu sortilège et garantir sa victime contre la perte de ses bestiaux, se rend coupable du délit d'escroquerie : Cass., 19 décembre 1873 (D. 74. 5. 223). Voy. également : Cass., 23 avril 1896 (S. 97. 1. 59) et la note.

[43] Voy. Cass., 28 juin 1894 (*B. cr.*, n° 170).

[44] Voy. Paul Dorigny, *op. cit.*, p. 215 à 218.

[45] Voy. notamment : Cass., 3 août 1886 (*B. cr.*, n° 303) ; 23 février 1888 (*B. cr.*, n° 78).

crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique.

Sur la nécessité de cette condition, toujours exigée par la doctrine et la jurisprudence, car elle résulte des termes mêmes de la loi, on a élevé deux critiques, dont l'une, tout au moins, paraît fondée.

a) Celui qui, pour escroquer tout ou partie de la fortune d'autrui, s'est fait remettre des fonds ou autres objets, en persuadant l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou crédit imaginaire, n'a-t-il pas employé des manœuvres frauduleuses pour parvenir à son but? Oui, assurément. Eh bien, en disant qu'on doit avoir employé des manœuvres frauduleuses *pour* persuader l'existence de fausses entreprises, etc., on fait supposer qu'il ne suffit pas d'avoir persuadé l'existence de fausses entreprises, mais qu'il faut, *en outre*, qu'on ait employé à cette fin des manœuvres frauduleuses. Il y a donc là une sorte de répétition de la même idée sous deux formes différentes. Mais cette critique est-elle fondée? nous ne le croyons pas. Deux exigences bien différentes résultent des termes et de l'esprit de la loi. Il faut que l'agent ait employé des *manœuvres frauduleuses*, c'est-à-dire comme nous l'avons démontré, ait usé d'agissements venant corroborer et appuyer le mensonge. Il faut, ensuite, que ces agissements aient eu pour caractère *de persuader l'existence de fausses entreprises*, etc. Ce sont là deux éléments distincts, qui concourent à préciser les moyens dont l'agent doit s'être servi pour escroquer autrui, et la rédaction de la loi a eu pour but de bien marquer cette double exigence, en précisant dans quelles conditions le dol deviendrait un procédé criminel destiné à s'approprier le bien d'autrui.

b) Mais en déterminant ainsi dans quel but les manœuvres frauduleuses doivent avoir été employées, en spécifiant les moyens dont l'usage constitue l'escroquerie, l'article 405 a prétendu bien certainement faire une énumération *limitative* des agissements dolosifs punissables. C'est un point qui a été constamment affirmé par la jurisprudence. Or, ces manœuvres et ces moyens ne sont pas les seuls dont on puisse user pour escroquer à une personne la totalité ou une partie de sa fortune. Il y en a de

par une suite d'arrêts, a établi, en principe, que les moyens frauduleux, spécifiés par l'article 405, sont les seuls que la loi reconnaît comme pouvant constituer l'escroquerie, prévue par ledit article, a jugé que les agissements, dont nous venons de parler, devraient être punis comme des faits d'escroquerie. Elle a vu une manœuvre frauduleuse pour persuader une fausse entreprise dans la première espèce ; pour faire naître l'espérance d'un événement chimérique dans la seconde ; pour persuader l'existence d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire dans la troisième. Nous ne voulons pas discuter ; mais on nous permettra de constater combien on a dû forcer le sens naturel des termes pour donner à ces agissements le caractère de l'un des procédés d'escroquerie.

Tout ceux qui suivent le mouvement du palais savent, du reste, à quelles tortures il faut soumettre l'article 405 pour faire rentrer certaines escroqueries, souvent même les plus graves, les plus dangereuses, celles qu'il *faut punir à tout prix*, dans des dispositions qui sont précisément limitatives. Une modification à l'article 405 nous paraîtrait s'imposer. Sans doute, les expressions *manœuvres frauduleuses*, employées seules, seraient trop vagues et trop arbitraires. Mais on ferait disparaître l'inconvénient, soit d'une trop grande élasticité, soit d'une trop grande limitation dans les prévisions de l'escroquerie, en fixant le sens des termes « manœuvres frauduleuses » par un double procédé. D'abord, en indiquant le but dans lequel ces manœuvres doivent avoir été employées, celui d'escroquer à une personne la totalité ou partie de sa fortune. Puis, on spécifierait, en adoptant la nomenclature de l'article 405, les principales manœuvres frauduleuses, mais on terminerait cette énumération démonstrative par une expression générale qui permettrait d'y comprendre tous les agissements de même nature. C'est, du reste, le procédé de l'article 419 du Code pénal, qui, après avoir énuméré quelques-uns des moyens pouvant être employés pour faire baisser ou hausser le prix des denrées, marchandises ou effets publics, ajoute, en se servant d'une formule générale : *ou qui, par des voies ou moyens frauduleux quelconques, auront opéré la hausse ou la baisse...* Ces mots furent ajoutés, sur

pées les *escroqueries à la société*, les *escroqueries en matière d'assurances*.

2267. Une forme d'exploitation des capitaux d'autrui, fréquente depuis quelques années, c'est l'*escroquerie à la société financière*. Dans l'examen des décisions nombreuses qui ont été rendues sur cette question, on trouve trois séries d'hypothèses, qu'il ne faut pas confondre : 1° Un individu, pour capter la confiance et obtenir des remises de fonds, a simulé une société qui est de pure imagination, qui n'existe pas ; c'est un commerçant par exemple, qui, pour se faire livrer des marchandises à crédit, se présente comme l'associé en nom collectif de A... et de B..., commerçants solvables, alors qu'aucune société n'a jamais existé entre eux. A moins d'établir qu'il y eu, dans ce fait, prise de fausse qualité, ce qui nous paraîtrait bien difficile à admettre, l'escroquerie ne serait pas constituée par ces agissements. Tant que les allégations mensongères ne sont pas accompagnées d'une mise en scène, il y a *dol civil*, il n'y a pas *dol criminel*. 2° Mais l'agent va plus loin ; il lance des prospectus, des circulaires, annonçant la constitution de cette société qui n'existe pas ; il publie, dans le but de se procurer des fonds, une liste de prétendus associés. A ce point précis, commencent les manœuvres frauduleuses, constitutives de l'escroquerie : en effet, l'agent ne s'est pas contenté d'une affirmation mensongère, il l'a corroborée par une mise en scène [47]. 3° Mais ce dernier procédé d'escroquerie est l'enfance de l'art : il ne réussirait guère aujourd'hui. Les capitalistes, auxquels on demande des fonds, les industriels et commerçants, auxquels on demande des fournitures à crédit, sont devenus plus défiants. Ils exigent, préalablement, les titres de constitution de la société, la justification des formalités accomplies. Aussi, le domaine des combinaisons dolosives

[47] Voy. diverses décisions dans D. Code pénal annoté, article 405, n°s 198 et suiv., et 398 et suiv. ; Cass., 28 novembre 1873 (D. 74. 1. 44) ; 5 décembre 1873 (D. 74. 1. 181). Mais une société nulle ne constitue pas nécessairement une *fausse entreprise* dans le sens de l'article 405 ; elle ne doit pas notamment être considérée comme telle, lorsqu'il résulte des constatations souveraines de l'arrêt, que cette société a été une société de fait, qu'elle a eu une existence sérieuse : Cass., 30 avril 1891 (D. 91. 1. 491).

[illegible] de la défiance publique et [illegible] tribunaux ont eues à juger. [illegible] en fait, pour attirer les cal[illegible] [illegible] avaient effective[illegible] [illegible] ement, elle n'était pas *sérieuse*. [illegible] réalité, un corps matériel. [illegible] *extérieures, extrinsèques*. [illegible] constitutif chez un notaire. [illegible] versement, tenue d'assemblées [illegible] distribution de dividendes. [illegible] au reste, des fraudes [illegible] par la loi du 24 juillet [illegible] amène à poser une double [illegible]

[illegible] certains agissements peuvent [illegible] fait-elle obstacle à ce [illegible] qualification générale d'es[illegible] [illegible] entendu, que ces agis[illegible] [illegible] frauduleuses pratiquées dans [illegible] de pénal. La loi du 24 juillet [illegible] article 13, en effet, [illegible]

[illegible] autrement qu[illegible] [illegible] question délicate, [illegible] le savoir [illegible] [illegible] sous [illegible] dont il est [illegible] [illegible] une autre : la chose

jugée s'applique-t-elle au fait ou à la qualification qui lui est donnée par le jugement ?

Mais dans quels cas et à quelles conditions les fraudes commises dans les sociétés constituent-elles le délit d'escroquerie ? Il y a lieu de poser deux règles corrélatives. Toutes les dispositions pénales, que la loi du 24 juillet 1867 contient, ne s'appliquent qu'aux sociétés commerciales. Les sociétés civiles, même commercialisées, restent, actuellement au moins, en dehors des prescriptions et des exigences de cette loi[48]. Mais les fraudes commises dans les sociétés commerciales, comme les fraudes commises dans les sociétés civiles, ne tombent sous le coup de l'article 405 du Code pénal que si elles réunissent tous les caractères de l'escroquerie[49]. Par exemple, ceux qui, par simulations de souscriptions, ou de versements qui n'existent pas, ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements, sont considérés comme des escrocs par l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867. Ainsi, cette loi assimile à une manœuvre un certain nombre de faits qu'elle énumère. Pour que ces faits puissent être poursuivis comme éléments d'une escroquerie, il faudra qu'ils aient été accompagnés de cette mise en scène qui a pour but de corroborer le mensonge en lui donnant les apparences de la vérité. Mais si les agissements des prévenus ont ce caractère, les prévisions spéciales de la loi du 24 juillet 1867 ne s'opposeront pas à l'application du droit commun de l'escroquerie[50].

La fausse entreprise peut également se rencontrer dans le système financier de la contre-partie irrégulière[51].

[48] Cass., 9 mai 1879 (D. 79. 1. 315). Du reste, la question est délicate. Ce n'est pas, ici, le lieu de la discuter. Comp. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. II, n° 1041 *bis*, p. 740.

[49] Voy. Agen, 10 juill. 1895 (S. 96. 2. 95).

[50] Voy. pour des exemples : Cass., 13 août 1886 (D. 87. 1. 362 ; 29 mai 1887 (D. 87. 1. 353) ; 9 mai 1885 et 27 juin 1885 (D. 86. 1. 89 et ma note; S. 85. 1. 521, et les observations de M. Ruben de Couder). Comp. Paul Dorigny, *op. cit.*, p. 382 à 407 ; Rubat du Mérac, *Des délits relatifs aux sociétés par actions* (Th. doc. Paris, 1899).

[51] Cass., 29 septembre 1896 (D. 96. 1. 535) et le rapport de M. le conseiller Roulier; Paris, 13 mars 1896 (D. 96. 2. 478).

objets mobiliers détruits et une partie seulement des objets non consumés, la plus grande partie des objets sauvés ayant été par lui transportés dans un grenier et dissimulés dans des sacs[55].

Une fraude assez fréquente des assurés contre les assurances est celle qui consiste à faire périr, par l'incendie ou le naufrage, le bâtiment (maison ou navire) faisant l'objet de l'assurance. Il n'existe, dans nos lois, aucune disposition spéciale destinée à réprimer cette fraude, et la législation de l'escroquerie ne s'y applique pas. En effet, l'incendie n'est plus un fait imaginaire et rendu vraisemblable par des apparences trompeuses, c'est un fait réel. Aussi quand l'assuré se présente devant l'assureur et lui déclare le sinistre, il dit la vérité. Sans doute, en affirmant que cet incendie doit être attribué à une cause qui lui est étrangère, il trompe l'assureur. Mais ce n'est là qu'une allégation mensongère qui ne relève pas de l'article 405[56].

2269. La seconde catégorie de manœuvres frauduleuses comprend celles qui tendent à persuader l'*existence d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire :* le pouvoir, c'est l'autorité qu'une personne a ou peut avoir ; le crédit, c'est l'influence dont peut disposer une personne dans certains cas. Persuader à quelqu'un que l'on est investi d'un pouvoir ou d'un crédit, alors que ce pouvoir et ce crédit n'existent pas, c'est persuader à cette personne l'existence d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire. C'est également l'abuser par le même moyen, que de s'appuyer sur un pouvoir ou un crédit réel, pour lui faire des promesses que ce pouvoir ou ce crédit ne peuvent réaliser. En un mot, quelle que soit la réalité du titre, de la position sociale, de la fortune, des relations, de la puissance quelconque dont se targue l'agent, il surprend la bonne foi d'autrui, s'il lui fait des promesses qu'il sait ne pouvoir tenir. La position, le titre, la fortune n'est pas imaginaire ; mais il est vrai de dire que le pouvoir ou le crédit a ce caractère.

Un certain nombre d'exemples éclaireront ces propositions.

[55] Cass., 6 mars 1886 (S. 86. 1. 444).

[56] Cette lacune est, avec raison, signalée par PLANIOL, *Rev. crit.*, 1893, p. 652. Le Code pénal italien punit spécialement ce fait (art. 414).

2270. Nous puiserons le premier dans l'escroquerie aux *papiers fictifs*. Je range sous cette qualification la création et l'emploi de billets souscrits par un insolvable, de billets de complaisance et de traites ayant pour cause de prétendues fournitures de marchandises, d'un chèque tiré sans provision. Considérés à un point de vue général, ces effets ne représentent aucune opération sérieuse. Ils sont employés surtout par des commerçants aux abois pour maintenir leur crédit et retarder leur faillite. La circulation de ces effets fausse le crédit et trouble les relations commerçiales. En Belgique, le Code pénal érige en délit spécial le fait de se procurer des fonds au moyen d'effets fictifs (art. 509). En France, la qualification d'escroquerie est la seule qui puisse s'adapter à cette fraude. Deux règles semblent se dégager des nombreuses décisions de jurisprudence en la matière. Nous verrons qu'il faut leur en substituer une troisième, plus exacte et plus conforme, soit à l'interprétation raisonnable de l'article 405, soit à l'intérêt du crédit commercial.

a) Le fait de négocier des traites créées sur un prétendu débiteur ne constitue pas à lui seul le délit d'escroquerie[57]. Une double considération a été invoquée en faveur de cette solution. L'article 116 du Code de commerce n'exigeant l'existence de la provision qu'au moment de l'échéance et du paiement, il ne paraît pas possible de juger avec certitude, en l'absence de manœuvres dolosives, que l'agent était sans droit de créer et de faire escompter ces effets et par conséquent se trouvait de mauvaise foi au moment où s'est passé le fait qui lui est reproché. En outre, et en admettant même que la mauvaise foi soit établie, l'absence de manœuvres frauduleuses peut être invoquée. L'agent affirme faussement une opération qui n'existe pas ou bien il affirme qu'il y aura provision à l'échéance : dans un cas comme dans l'autre, c'est simplement un mensonge. La présentation de l'effet, n'est que la constatation écrite de ce mensonge. Elle est d'ailleurs nécessaire : il faut bien produire des effets de commerce quand on en demande l'escompte, et si cette

[57] Cass., 4 juillet 1845 (D. A., v° *Vol*, n° 788-2°) ; 20 août 1880 (S. 81.1. 135) ; Paris 17 mai 1888 (D. 89.2.95)

présentation n'a pas été accompagnée d'actes extérieurs tendant à faire croire à la réalité de la traite ou à la solvabilité du débiteur, l'article 405 est inapplicable. Ce n'est pas prendre une fausse qualité que de se dire créancier; c'est alléguer mensongèrement, pour se donner crédit, une situation et une opération qui n'existent pas. Cette série d'actes se ramène donc à un mensonge pur et simple.

b) Mais toutes les fois que l'opération d'escompte d'effets fictifs s'accompagne d'un fait extérieur, distinct de la présentation même du titre, le délit d'escroquerie existe. Ainsi il a été jugé que si les traites présentées à l'escompte ont été revêtues d'une acceptation paraissant émaner d'un négociant solvable, alors qu'elle n'émane que d'un homonyme complètement insolvable, l'article 405 est applicable[58]. De même, commet une escroquerie l'individu qui, agissant de concert avec un tiers, laisse inscrire, sur les effets de commerce, à côté de la signature d'un accepteur, l'adresse du frère de celui-ci, dans le but de faire croire à la solvabilité de l'accepteur [59].

c) Nous ne pouvons souscrire à cette distinction. Sans doute, le fait de négocier une traite pour laquelle il n'existe pas actuellement de provision est un acte licite, mais à la condition qu'il s'agisse d'une opération réelle et normale. Or, l'opération n'a ce caractère que si le tireur a l'intention de faire parvenir des fonds au tiré avant l'échéance ou s'il a quelque raison de croire que celui-ci deviendra son débiteur. A défaut de l'une ou de l'autre de ces circonstances, celui qui fait escompter le papier qui lui a été souscrit par un complaisant ou un complice ou qu'il émet sur un tiers avec lequel il n'est pas en relations d'affaire, agit de mauvaise foi et avec une intention frauduleuse. Cela ne suffit pas, sans doute, pour constituer l'escroquerie: il faut des manœuvres frauduleuses; mais les manœuvres frauduleuses résultent de la série des actes accomplis pour obtenir la négociation de l'effet. En apparence, en effet, ces actes représentent les diver-

[58] Cass., 20 août 1880 (S. 81. 1. 135). Voy. les conclusions de M. l'avocat général Rivière.

[59] Cass., 9 juillet 1896 (*Gaz. Pal.*, 96. 2. 655).

ses phases d'une opération d'escompte : en réalité, ils constituent la série des manœuvres frauduleuses ayant pour but d'appuyer une allégation mensongère tendant à faire croire à un crédit imaginaire. Nous admettons ainsi que la négociation d'un effet pour lequel il n'existe pas de provisions est un acte licite à la condition que le tireur soit de bonne foi. Mais lorsque le tireur n'a créé qu'un effet fictif et qu'en présentant son papier à l'escompte, il a su pertinement que l'effet ne serait pas payé à l'échéance, il a commis une escroquerie, parce qu'au moyen d'une mise en scène, *l'apparence d'une opération sérieuse d'escompte*, il s'est approprié le bien d'autrui[60].

2271. Les promesses, moyennant un prix, de faire exempter d'un service public, ou de procurer un emploi, une décoration, une concession, ou tout autre avantage officiel, peuvent-elles tomber sous le coup de l'article 405? Il y a, une première distinction à établir. Si les propositions de ce genre sont faites par des agents ayant le pouvoir d'obtenir le résultat qu'ils promettent, ce n'est plus une escroquerie, mais un *trafic de fonction*, et l'article 177, qui prévoit la corruption, devient applicable. Mais si les prévenus sont des particuliers, ou des gens revêtus d'une qualité qui peut en imposer, comme celle de médecin, d'officier de santé, si ce sont des personnages influents, hommes politiques ou autres, la manœuvre constitutive de l'escroquerie pourra être relevée, et l'article 405 deviendra applicable[61]. A une condition toutefois, c'est qu'il y ait eu des promesses fallacieuses, des espérances chimériques, un crédit imaginaire, toutes choses qui sont de l'essence de l'escroquerie. Il nous paraît évident, en effet, qu'il n'est pas possible de rencontrer, dans le fait de trafiquer de son influence et de son crédit, les éléments du délit, si l'influence et le crédit étaient réels, et si le prévenu en a fait sérieusement usage au profit de la de-

[60] Dans le sens de cette distinction : Paris, 19 juin 1897. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cass., le 4 novembre 1897 (D. 98. 1. 337, et la note dans ce recueil ; S. 98. 1. 424).

[61] Comp. par exemple : Cass., 24 novembre 1852 (D. 52. 5. 247) ; 9 août 1861 (D. 61. 5. 194) ; 30 avril 1868 (D. 72. 5. 214) ; 8 février 1889 (S. 91. 1. 138) ; 28 juillet 1888 (S. 89. 1. 185).

mande ou de la candidature qu'il s'était chargé d'appuyer. Les sommes reçues ou promises sont bien, dans ce cas, le prix d'un courtage honteux et immoral[62], mais on ne peut dire qu'elles soient escroquées à celui qui les a payées. Prétendre en effet, que, du moment où le prévenu ne peut pas *directement* faire accorder la décoration ou nommer à l'emploi pour lequel il s'est entremis, il a, par cela même, obtenu, par un pouvoir ou un crédit imaginaire, les sommes qui lui ont été versées, c'est bien évidemment jouer sur les mots. Ce que la loi considère comme délictueux, c'est de chercher à faire croire à un crédit, qui, s'il existait, permettrait de réaliser les promesses sur la foi desquelles on a reçu des fonds ou valeurs, mais qui n'existe réellement pas. Or, à qui fera-t-on croire que l'influence alléguée par l'agent soit imaginaire, s'il est établi que, par lui-même, par ses amis, par ses relations, il aurait pu obtenir et a peut-être obtenu, pour son protégé, directement ou indirectement, la réalisation de ses promesses? Celui qui a payé a voulu *acheter* une entremise dont il connaissait l'utilité : il ne peut se poser en victime d'une escroquerie. Le fait est tristement immoral; on pouvait même regretter, avant la loi du 4 juillet 1889, qu'il ne fut pas délictueux. Mais vouloir l'assimiler à une escroquerie, c'est prétendre combler une lacune de notre législation répressive par une assimilation absolument forcée et absolument arbitraire.

2272. J'arrive à la troisième catégorie de manœuvres frauduleuses, la plus vague en même temps que la plus compréhensive. Faire naître l'*espérance d'un succès*, c'est donner l'espérance d'un événement heureux quelconque. Cette espérance devient celle d'un *succès chimérique*, lorsque l'événement an-

[62] La Cour de Paris, dans l'affaire Wilson, Dubreuil et autres, a fait une application de cette thèse, qui a paru, du reste, assez inattendue : Paris, 26 mars 1888 (D. 88. 2. 155). La Cour de cassation avait eu soin de relever, dans une affaire qui se rattachait à celle-ci par des liens d'analogie, qu'il était déclaré, dans l'arrêt attaqué, par une appréciation souveraine des faits, que « X... ne justifiait en aucune façon qu'il eût jamais possédé un pouvoir ou crédit quelconque, de nature à faire croire à la réalisation des promesses qu'il faisait ». Cass., 6 janvier 1888 (D. 88. 1. 92). Ce fait est aujourd'hui puni par le § 4 ajouté à l'article 177 du Code pénal par la loi du 4 juillet 1889. Voy. *suprà*, t. IV, n° 1177.

menace ne doit pas se réaliser. Faire *craindre un accident*, c'est faire craindre à une personne que tel événement se réalise. Le mot « *accident* » doit être, en effet, pris *lato sensu*, comme synonyme d'événement. Un procès, par exemple, est un accident. Faire naître l'espérance ou la crainte de tout autre *événement chimérique*, c'est bercer les illusions d'une personne en lui faisant croire que tel fait heureux arrivera, tandis qu'il ne doit pas se réaliser, ou en lui faisant croire qu'un événement malheureux se présentera, tandis qu'il n'en est rien ; c'est lui faire croire qu'un droit, une obligation, une situation existe pour elle, tandis qu'il n'en est rien ; en un mot, c'est tirer partie de sa cupidité, de son ambition, de ses passions, par de vaines illusions ou de vaines promesses[63]. Il s'agit donc du procédé d'escroquerie le plus simple et le plus fréquent, celui qui, neuf fois sur dix, sera visé par la prévention. Le texte, en effet, doit être interprété, comme s'il était ainsi conçu : « Quiconque aura employé des manœuvres frauduleuses tendant à persuader l'existence d'un événement chimérique. »

En ce qui concerne l'application, nous devons recourir à des exemples.

2273. La menace d'une dénonciation ou d'une imputation diffamatoire peut-elle être considérée comme un moyen de faire naître la crainte d'un événement chimérique ? Avant la loi du 13 mai 1863, on distinguait suivant que la menace s'appliquait ou non à la dénonciation d'un crime ou d'un délit réellement commis[64]. Depuis cette loi, la menace écrite ou verbale d'imputations ou révélations diffamatoires, vraies ou fausses, et l'extorsion, par ce procédé, de fonds ou valeurs, constitue le délit spécial de chantage. Par suite, le domaine de l'escroquerie a été restreint, il n'embrasse plus les faits de ce genre.

2274. Le jeu, loyalement pratiqué, n'est pas un délit. Mais la *tricherie*[65] au jeu peut tomber sous l'application de l'article 405. C'est à cette solution, qu'après bien des évolutions s'est arrêtée

[64] Comp. BLANCHE, t. VI, n° 167.

[65] Voy. BLANCHE, t. VI, n° 171.

[63] Voy. MOLINIER, *op. cit.*, t. II, p. 66 à 72 ; Paul DORIGNY, *op. cit.*, p. 345

la jurisprudence. Deux systèmes ont été successivement suivis. *a*) On a prétendu, tout d'abord, que la tricherie au jeu constituait une filouterie ou une tentative de filouterie, ou bien qu'elle n'était pas punissable, suivant l'une ou l'autre des deux situations que voici : ou bien les parties ont joué sur parole et alors, pas de délit, car il n'y a pas, de la part du gagnant, de soustraction frauduleuse et il ne peut pas y en avoir. Le perdant est lié par une promesse qu'il peut tenir ou ne pas tenir à son choix : on connaît, en effet, le mot de Portalis : « En France, les lois ont quelquefois puni le jeu comme un délit, elles ne l'ont jamais protégé comme un contrat. » Ou bien les enjeux étaient sur la table, ou déposés en mains tierces, et, dans ce cas, le gagnant qui les a obtenus par fraude commet une filouterie, s'il réussit ; une tentative de filouterie, s'il échoue. *b*) Cette opinion a été, avec raison, abondonnée. La soustraction, qui constitue le vol, est exclusive de la remise volontaire, même obtenue par la fraude : c'est la qualification d'escroquerie qui convient à un fait de cette nature. Or, si les procédés de jeu sont altérés ou arrangés, s'il n'y a de volonté de jouer que d'un côté et que, de l'autre, il n'y ait que la volonté de tromper, il n'y a plus de jeu, plus de conventions de jeu, et tous ces actes, qui y ressemblent, ne sont que de vaines apparences, des fantômes évoqués par la fraude, en un mot des manœuvres pour faire naître l'espérance chimérique d'un succès. La tricherie au jeu constitue donc bien une escroquerie[66].

2275. De nombreuses manœuvres d'escroquerie se rattachent à l'exercice de l'art de guérir. Il faut, à ce point de vue, se placer en face de deux situations : celle où les procédés employés sont le fait d'un individu pratiquant légalement la médecine ou

[66] Cass., 16 décembre 1882 (S. 83. 1. 91) ; 11 janvier et 8 mars 1884 (*B. cr.*, n°s 8 et 74). V. dans le même sens : Cass., 9 juillet 1859 (S. 59. 1. 772) ; 16 mars 1860 (S. 60. 1. 919) ; 31 janvier 1868 (S. 68. 1. 350). V. aussi Paris, 20 avril 1881 (S. 82. 2. 52) ; Cass. belge, 24 juillet 1882 (S. 83. 4. 8) ; Bordeaux, 22 août 1883 (S. 84. 2. 284) ; Orléans, 12 décembre 1885 (S. 86. 2. 236). Voy. Faustin Hélie, *Rev. de légis.*, 1846, t. 5, p. 332 ; G. Frèrejouan du Saint, *Jeu et pari au point de vue civil, pénal et réglementaire*, n°s 95 et suiv.

[illegible] sont l'œuvre d'un empirique. Dans le [illegible] paraît impossible de fait rentrer, dans le [illegible] les promesses, annonces, prospectus, [illegible] au moyen desquels l'agent attire des [illegible] des honoraires. L'appréciation de la [illegible] employés par les médecins et chirur- [illegible] leur clientèle et remplir leur caisse, ne sau- [illegible] tribunaux de répression. Elle supposerait, en [illegible] question scientifique qui échappe à leur com- [illegible] de savoir quelle est la valeur du remède proposé [illegible] par l'homme de l'art. Dans le second cas, au con- [illegible] sans être par lui-même une escroquerie, peut de- [illegible] point de départ d'une escroquerie. Ce n'est pas que la [illegible] par voie d'annonces ou de circulaires constatant qu'on [illegible] des recettes infaillibles, avec indication, à l'appui, de [illegible] cures, plus ou moins merveilleuses, plus ou moins [illegible], obtenues par ces moyens, soit, par elle-même, [illegible]. Il faut quelque chose de plus que le mensonge; il [illegible] établir qu'il a été pratiqué des manœuvres frauduleuses, [illegible] persuader, soit l'existence d'un pouvoir imaginaire, soit l'espérance d'un succès chimérique. Les annonces, réclames, circulaires, les « boniments » n'entrent dans la constitution du délit, qu'à titre d'élément secondaire. Il en est de même de l'emploi, comme procédé curatif, de telle substance ou de telle pratique. Le fait ne peut être considéré comme constituant par lui seul une manœuvre frauduleuse dans le sens de l'article 405. La preuve du délit ne résultera que des circonstances particulières au moyen desquelles et par lesquelles le procédé aura été annoncé ou employé.

Cette distinction est particulièrement faite par la jurisprudence vis-à-vis des magnétiseurs, somnambules, guérisseurs de toute catégorie, qui abusent, dans des conditions plus ou moins frauduleuses, de la crédulité populaire [1].

[1] Cass., 18 août 1843 (S. 43. 1. 911 ; 27 [illegible]embre 1873 (D. 74. 5. 232 ; 26 août 1855 (D. 55. 5. 193 ; 12 décembre 1861 (S. 62. 1. 321), 16 nov. 1888 (D. 89. 1. 270). Voy. également : Trib. Rennes, 18 avril 1888 (D. 90. 3. 56).

2276. La divination, qui est l'art prétendu de connaître et de prédire l'avenir, et qui se présente sous diverses formes, astrologie, cartomancie, nécromancie, etc., ne constitue, en elle-même, qu'une contravention de police, prévue et punie par l'article 479 § 7. Mais si des manœuvres frauduleuses ont été employées pour faire croire à la réalité d'un pouvoir imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès ou de tout autre événement chimérique, le devin pourra tomber sous l'application de l'article 405. Le fait de deviner et prédire l'avenir sera considéré, dans ce cas, comme une des manœuvres constitutives de l'escroquerie[68].

2277. *Obtention d'un gain illicite au moyen de manœuvres frauduleuses.* — La seconde condition du délit d'escroquerie, c'est l'obtention d'un gain illicite, au préjudice d'autrui, par les manœuvres frauduleuses. Ce second élément était énoncé, dans deux phrases distinctes, par l'article 405 du Code pénal de 1810 : l'une visait la circonstance qui consiste à se faire « remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges »; l'autre, la circonstance consistant à avoir, par un des moyens spécifiés, « escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui. » La juriprudence de la Cour de cassation trompée, sans doute, par la rédaction de l'article 405, avait vu, dans ces deux conditions, non pas les deux branches corrélatives d'une même exigence, mais deux éléments constitutifs distincts. Une conséquence importante en avait été déduite au point de vue de la décomposition même des phases successives du délit : les *manœuvres frauduleuses* représentaient, dans le développement de l'escroquerie, les *actes préparatoires;* la *remise* ou la *délivrance des fonds*, représentait les *actes d'exécution*, mais le délit n'était *consommé* que par le fait, de la part de l'agent, d'avoir tiré profit de la remise ou de la délivrance des objets escroqués. Ainsi la délivrance ou la remise de ces

Comp. BLANCHE, t. VI, n° 174. La question de bonne ou de mauvaise foi jouera également un grand rôle dans les poursuites de cette espèce.

[68] Voy. par exemple : Cass., 20 janvier 1872 (D. 73. 1. 494).

la c[illegible] fait élémentaires, une des conditions con
pre[illegible] d'escroquerie, qui ne le consommait pas, n
cad[illegible] essentiellement. Cette condition devait d
pro[illegible] la *tentative d'escroquerie*, comme dans
ma[illegible] que l'article 405 ne punissait
dé[illegible] *d'escroquerie*, c'est-à-dire les manœuv
gu[illegible] dans le but d'escroquer, mais
r[illegible] de la remise des fonds et valeurs.
[illegible] n'était punissable que lorsqu'elle a
[illegible] c'est-à-dire lorsque, malgré la remise
[illegible] n'était pas parvenu à réaliser les profits q
[illegible] ainsi tout ou partie de la fortune d'
[illegible] dans le système du Code pénal, tel que l'in
[illegible] la remise des valeurs n'était pa
[illegible] du délit d'escroquerie, mais seulement l'un
[illegible] des éléments constitutifs, sans lesq
[illegible] toute poursuite eût été dénuée de base.

La loi du 13 mai 1863 a ajouté trois mots à l'article 40
« [illegible] remettre ou délivrer *ou aura tenté* de se faire
[illegible] » Et, sans insister ici sur l'importance de cette mo
[illegible] au point de vue de la répression de la tentative d'
[illegible]roquerie, il est certain que le texte du Code pénal n'ayant
[illegible] autrement modifié, la jurisprudence a persisté à distingu
[illegible] la constitution du délit d'escroquerie, non pas *deux*, m
[illegible] éléments.

Nous nous conformerons, tout en la critiquant, à cette di
[illegible] qui est devenue classique.

2278. Il faut, en effet, — et c'est le second élément de l'é
[illegible]roquerie, — qu'à l'aide d'un des moyens spécifiés par l'arti
405, on se soit fait remettre ou délivrer des fonds, des meubl
ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittanc
ou décharges.

L'examen de cette condition, au point de vue de l'objet ren
ou délivré, appelle quelques observations intéressantes.

2279. L'escroquerie est un délit contre les *biens*, non co
[illegible] *nes*. Il est donc certain, tout d'abord, que des m
[illegible]

qualification que si elles visent le *patrimoine d'autrui*. Le préjudice causé à la personne ne saurait être un élément du délit. Ainsi, l'individu qui parvient, au moyen de manœuvres frauduleuses, à se faire épouser par une fille riche, alors même que le mobile de ses agissements serait la cupidité, ne pourrait pas être poursuivi pour escroquerie. Certaines législations donnent à ce fait le caractère d'un délit spécial [69]. La nôtre a respecté le vieil adage : *En mariage, trompe qui peut.*

2280. L'énumération des objets, dont l'escroc veut obtenir la possession par ces manœuvres frauduleuses, a un caractère simplement *démonstratif;* l'escroquerie est constituée, en effet, par la remise ou délivrance de toutes choses, mobilières ou immobilières, corporelles ou incorporelles, pouvant avoir pour résultat de porter une atteinte quelconque à la fortune d'autrui. *a*) Ainsi, la donation, la vente, le bail d'un immeuble, obtenu par des manœuvres frauduleuses, peut constituer une escroquerie. La loi ne parle, il est vrai, que de *meubles*. Mais rien ne saurait justifier la limitation de l'escroquerie aux effets exclusivement mobiliers. On ne peut voler que des meubles, parce que la *soustraction* suppose le *déplacement*. Mais on peut escroquer un immeuble, parce que l'escroquerie n'est autre chose que l'appropriation du bien d'autrui par des manœuvres frauduleuses [70]. Même les auteurs qui contestent l'application de l'article 405 à

[69] Code pénal allemand, par exemple : § 170.

[70] Le fait d'avoir érigé en délit civil (*stellionat*), les fausses déclarations faites dans les contrats relatifs aux immeubles n'est pas en contradiction avec la généralité d'application que nous donnons à l'art 405. La loi pénale n'admet pas, en effet, que toute fausse déclaration faite dans un contrat portant sur un immeuble constitue une escroquerie quand elle a eu pour résultat l'appropriation du bien d'autrui. Or, le *stellionat* est un genre particulier de dol qui consiste, soit à vendre ou à hypothéquer un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire, soit à présenter comme libre un bien hypothéqué ou à déclarer des hypothèques moindres que celles dont ce bien est chargé (C. civ., art. 2059). Ce genre de fraudes devait être sérieusement réprimé à une époque où les tiers n'avaient aucun moyen sûr de se renseigner sur l'origine des propriétés ou sur leur situation hypothécaire. L'organisation d'un régime de publicité a rendu le *stellionat* peu dangereux. L'abolition de la contrainte par corps par la loi du 22 juillet 1867 a enlevé son principal intérêt à l'existence du *stellionat* comme délit civil spécial.

[illegible] catégorie de choses [illegible], admettent que l'escroquerie peut in[illegible] pour objet des immeubles, si le prévenu a [illegible] à se faire remettre, par ses manœuvres, [illegible] d'argent qui en forment le prix, soit le titre qui [illegible] propriété [illegible]. De même, il a été jugé que le pro[illegible] de baux simulés, d'allégations mensongè[illegible] frauduleuses, parvient à faire croire qu'un [illegible] supérieure à sa valeur réelle, et à se [illegible] un prix double de cette valeur peut être [illegible] [illegible]. D'un autre côté, l'expression de [illegible] à tout objet mobilier, susceptible d'une [illegible], sans qu'il y ait à distinguer entre les [illegible] valeur facile à traduire en argent, et les autres [illegible] compromettre la fortune d'autrui. C'est ainsi que [illegible] est applicable à des *titres* (actes de propriété, piè[illegible] procédure, tels que jugement, procès-verbaux de saisie, [illegible] ments, etc.), qui, bien que ne contenant ni obligation, [illegible] ni promesse, ni quittance, ni décharge, ont une [illegible] pour la personne qui les a remis et à laquelle ils [illegible] nécessaires pour faire valoir des droits [illegible]. La jurispru[illegible] également une escroquerie dans le fait d'obtenir de [illegible] les moyens spécifiés dans l'ar[illegible] [illegible] contenant une déclaration qu[illegible] procès [illegible]. C'est ainsi encore que de[illegible] de nature à obtenir un jugement favo[illegible] dans un procès portant sur un intérêt pé[illegible] rentrer dans les termes de l'escroque-

[illegible] M. [illegible], *Rev. crit.*, 1893, p. 557 : « Cependant [illegible] objet des propriétés foncières n'ont [illegible] en est de même de toutes les autres fra[illegible] peuvent donner lieu. C'est ainsi que, chez [illegible] qu'un délit civil. »

[illegible] *op. cit.*, p. 161.

[illegible] 12 et 17 novembre 1864 (*B. cr.*, nos 285 et 288).

[illegible] 22 mai 1867 (D. 67. 2. 91).

[illegible] Cass., 8 juillet 1881 (*B. cr.*, n° 175). Comp. Cass., 23 mars 1838 [illegible] 22 juin 1854 (S. 55. 1. 681); 7 avril 1854 (*B. cr.*, n° 101 ; [illegible] *cr.*, n° 109).

rie[76]. Un jugement est un *titre*, et l'obtention de ce jugement peut être considérée comme la remise ou la délivrance exigée par la loi[77]. Il n'est pas douteux, dans tous les cas, que l'obtention, au moyen de manœuvres frauduleuses, de jugements par défaut, devenus définitifs faute d'opposition de la part des débiteurs, ne soit constitutive du délit[78]. *c*) Les expressions « obligations, promesses, quittances ou décharges », dont se sert l'article 405, sont également générales et absolues : elles embrassent tous les faits juridiques quelconques qui créent un lien de droit ou qui le dissolvent[79].

2281. Mais, quelque larges que soient les prévisions de la loi, l'escroquerie, en ce qui concerne cet élement, est limitée par deux règles.

a) Il faut, en effet, que l'escroc ait obtenu ou tenté d'obtenir, par l'emploi des manœuvres frauduleuses, plus que des *paroles;* qu'il se soit fait remettre ou délivrer des *choses* (*res*) ou des *actes* (*instrumenta*). Les paroles n'engagent pas suffisamment, et la

[76] Cass., 29 novembre 1838 (*B. cr.*, n° 370).

[77] Il a été, cependant, jugé par la Cour d'Aix, le 19 février 1879 (D. 80. 2. 68), que le débiteur qui, assigné en paiement d'une dette dont il prétend faussement s'être libéré, produit une quittance dont il a dénaturé la portée, et obtient ainsi un jugement déboutant le créancier de sa demande, ne se fait remettre, à l'aide de cette manœuvre, aucune valeur quelconque, et par suite ne commet pas le délit d'escroquerie. Mais cette solution nous paraît critiquable ; la loi a voulu comprendre, dans l'énumération qu'elle a donnée des objets dont la remise ou la délivrance devient un des éléments du délit, tous actes d'où peut résulter un lien de droit, et par le moyen desquels on peut préjudicier à autrui. Un jugement a bien le caractère d'un titre.

[78] Cass., 24 mars 1855, précité.

[79] La décharge d'une obligation s'y trouve, dès lors, comprise : Cass., 30 octobre 1885 (*B. cr.*, n° 286). Mais des accusés de réception ne sauraient être considérés comme des quittances ou décharges dans le sens de l'article 405. « La quittance ou la décharge suppose qu'à la suite des manœuvres frauduleuses, le prévenu d'escroquerie a obtenu, sous une forme quelconque, sa libération totale ou partielle. Mais il ne saurait en être ainsi du simple accusé de réception, qui n'oblige en rien celui qui le donne, puisque les valeurs qu'il reçoit ne sont acceptées par lui que sauf encaissement, et qu'il n'a pas non plus pour conséquence de libérer celui qui les envoie. » Cass., 15 mai 1886 (*B. cr.*, n° 180).

cette catégorie de c[illegible] manœuvres frauduleuses *directement*, avo[illegible] d'une chose qui comptait cherché, par exe[illegible] qui constituait, pour elle, un soit les somm[illegible] plusieurs fois, appliqué cette en représen[illegible] que les manœuvres employées priétaire qu[illegible] d'un témoin et qui ont amené ce res et de [illegible] une déposition non conforme à la immun[illegible] sous le coup de l'article 405[50]. La Cour fai[illegible] déclaré deux individus « coupables d'es-pour[illegible] à l'aide des moyens énoncés en l'article [illegible] B. et O. la promesse verbale de sommes [illegible] pourvoi des condamnés, l'arrêt fut annulé, [illegible] l'un des éléments de l'escroquerie[51] ».

[illegible] si l'inculpé ne peut compter que sur une [illegible], il ne s'est pas fait remettre ou délivrer une [illegible] en l'article 405.

[illegible] que la remise ou délivrance porte sur une [illegible] dans le sens précis du mot. Mais encore est-il [illegible] que cette chose compte dans le patrimoine, qu'elle [illegible] autre, pour celui qui s'en dessaisit, que la *valeur* [illegible]. Ce serait étendre, à notre avis, le délit d'escroquerie au delà de ses frontières naturelles, que de prétendre, ainsi que [illegible] un arrêt de la Cour de Metz [52], qu'une *lettre missive*, confiée à la poste, quoique ne renfermant aucune valeur, et n'opérant ni obligation ni décharge, est au nombre des objets mobiliers que comprend le mot « meubles » de l'article 405, ou d'appliquer ces termes, comme l'ont fait d'autres arrêts, à des *bulletins de vote*, que l'inculpé se serait fait remettre par des manœuvres frauduleuses [53]. Le délit, consiste, en effet, à escro-

[50] Cass., 9 septembre 1832 (D. 52. 5. 525).

[51] Cass., 4 mars 1842 (*B. cr.*, n° 52). Nous n'admettons même pas, conformément à l'opinion de BLANCHE (t. VI, n° 182), que de pareils faits puissent constituer la tentative d'escroquerie, puisque les manœuvres tendent non à la remise d'une somme d'argent ou d'un titre permettant de la demander, mais à l'obtention d'une promesse verbale.

[52] Metz, 22 mai 1867 (D. 67. 2. 91).

[53] [illegible] Rennes, 8 décembre 1881 (D. 82. 2. 152); Cass., 14 décembre 1878

quer la fortune d'autrui; il suppose un *gain* illicite. Quelle atteinte pourrait donc produire des actes de cette espèce pour la fortune de celui qui en serait l'objet? Prétendre qu'une lettre, un bulletin de vote *appartiennent* à la victime de ce procédé frauduleux, c'est jouer sur les mots, car il est bien certain que ce n'est pas sous l'aspect de bien patrimonial que l'objet a été considéré par l'inculpé : celui-ci n'a pas eu en vue de réaliser un gain illicite, d'obtenir, par les manœuvres frauduleuses, une *valeur*[84], c'est-à-dire une valeur pécuniaire.

L'*escroquerie* diffère donc du *vol*, non seulement par le procédé d'appropriation, mais encore par le résultat. L'escroc, comme on l'a fait observer[85], se meut dans un champ plus vaste que le voleur. Comme il agit sur la volonté de la victime, il peut obtenir un transfert de propriété et non pas seulement un transfert de possession. Il peut aussi conclure, au moyen de la fraude, un acte juridique consistant dans la création, le transfert, l'extinction ou la modification d'un droit. Aussi, dans l'escroquerie, le champ des résultats est aussi illimité que celui des combinaisons frauduleuses. L'escroquerie est une sorte de délit juridique.

2282. *Détournement de fonds ou valeurs.* — Outre l'emploi de manœuvres frauduleuses et la délivrance de valeurs, l'article 405 exige que le prévenu ait, par les moyens spécifiés, *escroqué* ou *tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui*. C'est le troisième et dernier élément du délit. Mais on peut donner à cette expression une double portée.

Si la loi a simplement voulu dire que celui qui recourt à l'usage d'un faux nom, ou d'une fausse qualité, à l'emploi de manœuvres frauduleuses, pour reprendre la possession d'une chose dont il est propriétaire, n'est pas coupable d'escroquerie, la loi a certainement pris une peine inutile. Qui aurait pu voir une escroquerie dans ces agissements? Ils sont une des formes, la moins noble et la plus dangereuse, du *jus sibi pro-*

(D. 79. 1. 94); 23 février 1888 (*B. cr.*, n° 77). Voy. DESJARDINS, *Rev. crit. de législ.*, p. 91; Paul DORIGNY, *op. cit.*, p. 166 à 170.

[84] Cass., 8 juillet 1881, rapporté par DESJARDINS, *op. et loc. cit.*

[85] PLANIOL, *Rev. crit.*, p. 656.

une espèce d'escroquerie, les deux éléments classiques : l'*eventus damni* et le *consilium fraudis*. L'existence d'un préjudice (*eventus damni*), ou la possibilité d'un préjudice causé à celui contre lequel a été employé l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité ou ont été exécutées les manœuvres frauduleuses, doit, à peine de nullité, être constatée par les juges du fait, sous une forme et dans des termes qui permettent à la Cour de cassation d'exercer son contrôle. Quant à l'intention de fraude, elle nécessite non seulement le *dol général*, c'est-à-dire la *volonté de commettre l'acte en tant que délit*, mais encore le *dol spécial*, c'est-à-dire la *volonté de se procurer à soi-même ou de procurer à autrui un bénéfice illégitime*, le *lucri faciendi causa*. Mais, à ce double point de vue, on peut dire de l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, ou de toute autre mise en scène employée pour tromper autrui, que les agissements du prévenu impliquent, par eux-mêmes et par eux seuls, cette intention : *res ipsa in se dolum habet*. La nécessité de la constater formellement est donc moins impérieusement prescrite aux tribunaux que celle de constater le *préjudice* ou l'*éventualité de préjudice* pour autrui qui entre, dans la constitution de l'escroquerie, à titre d'élément essentiel.

L'intention frauduleuse existe, chez l'escroc, par cela seul que la remise ou la délivrance de l'objet a eu lieu *dans le dessein d'en frustrer le propriétaire*, et dans le but de se procurer à lui-même ou de procurer à autrui un bénéfice illégitime. Il faut, en effet, constater ces deux règles, qui s'appliquent à l'escroquerie, comme au vol et comme au faux : 1° L'*intention indirecte* du délinquant, le *mobile* qui l'a fait agir, est indifférent. Supposons que, dans des circonstances tout exceptionnelles, l'escroc ait obtenu la remise d'une somme d'argent « pour en faire un bon emploi », mais au préjudice du propriétaire, par exemple, pour la donner à un hospice, subventionner une bonne œuvre, secourir sa mère pauvre et malade, soutenir telle politique, etc., est-ce que le délit d'escroquerie n'en serait pas moins constitué? Celui qui emploie l'argent qu'il a volé à faire l'aumône, en est-il moins un voleur? 2° La loi n'exige pas que la remise ou la délivrance de l'objet escroqué ait été faite direc-

mise ou délivrance des fonds, des meubles, etc. (*se ait remettre ou délivrer*), mais il punissait quiconque par un de ces moyens, « escroqué ou *tenté* d'escroquer alité ou partie de la fortune d'autrui. » Dès lors la ques- ainsi posée : Le Code pénal punissait-il la tentative d'es- querie? se présentait dans des conditions de nature à rendre ute réponse équivoque. Il était, en effet, bien certain que e Code pénal punissait l'*escroquerie manquée* (escroqué ou *tenté* d'escroquer); mais punissait-il l'escroquerie *simplement tentée?* En d'autres termes, était-il nécessaire, pour constituer la tentative du délit d'escroquerie, que la chose convoitée eût été remise ou délivrée (*délit manqué*), ou suffisait-il que des manœuvres fruduleuses eussent été employées pour en obtenir la délivrance (*délit tenté*)? La Cour de cassation, avait varié sur la question. La Chambre criminelle avait d'abord jugé, dans un arrêt du 24 février 1827 [87], que « la remise des fonds ou obligations, représentatives de leur valeur, est, en pareil cas, la *consommation* même du délit; que l'article 405 ne se contente pas de punir celui qui, par l'un des moyens énoncés, a escroqué la totalité ou partie de la fortune d'autrui, mais qu'il étend sa sévérité sur celui qui, par l'emploi de l'un des mêmes moyens, a tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui; d'où il résulte qu'il suffit que l'emploi de l'un desdits moyens soit constaté en fait, pour qu'il y ait tentative de commettre le délit; que déclarer la non-existence de la tentative, restée sans exécution, c'est exiger la consommation même du délit, puisque la tentative, accompagnée de l'exécution, est le délit consommé ». Mais les Chambres réunies adoptaient l'opinion contraire dans leur arrêt du 29 mars 1828 [88], et la Chambre criminelle se conformait à cette jurisprudence, dans ses arrêts du 23 janvier 1827, 6 septembre 1839, 4 mars 1842, 20 juin 1845 [89]. Les sections réunies de la Cour de cassation furent, de nouveau, saisies de la question, au mois de janvier 1846. Il

[87] S. *Coll. nouv.*, t. VIII, 1. 535.
[88] D. 29. 1. 44; S. *Coll. nouv.*, t. IX, 1. 194.
[89] Voy. S. 45. 1. 401.

qui ano[illegible] [illegible] de la tentative d'e[illegible]
moyens [illegible] l'article 405 du Code pen[illegible]
ou d'u[illegible] [illegible] même Code, lesquels sont [illegible]
dulen[illegible] [illegible] de la matière [illegible]. Les Cha[illegible]
fond[illegible] [illegible] principes dans leur arrêt [illegible]
dét[illegible] [illegible]elle, dans son arrêt du 20 [illegible]
pr[illegible] [illegible] abandonna dans l'arrêt du [illegible]
[illegible] [illegible] 1863 vint mettre un terme à [illegible]
[illegible]
[illegible] [illegible], tel qu'il a été modifié à cette ép[illegible]
[illegible] [illegible] de la tentative. Nous devons, pa[illegible]
[illegible]
[illegible] [illegible]mmencé et la *tentative simple* exis[illegible]
[illegible] [illegible]isant usage d'un faux nom ou d'une [illegible]
[illegible] [illegible]oyant des manœuvres frauduleuses [illegible]
[illegible] [illegible] de fausses entreprises, d'un pouvo[illegible]
[illegible] [illegible], ou pour faire naître l'espérance ou [illegible]
[illegible] [illegible] accident ou de tout autre événement [illegible]
[illegible] [illegible] se faire remettre un des objets énum[illegible]
[illegible] [illegible] manœuvres frauduleuses deviennent [illegible]
[illegible] [illegible]*préparatoire*, mais le *commencement d'exi*[illegible]
[illegible] [illegible]système nous paraît excessif. Nous admettons [illegible]

[illegible] janvier 1845 (*B. cr.*, n° 24).

dans une conception rationnelle et juridique de l'escroquerie, l'emploi de manœuvres frauduleuses, non suivies de la délivrance des fonds, puisse constituer la tentative d'escroquerie; mais nous croyons que cette tentative devrait rester impunie[95]. « Il est déjà si difficile, dans un grand nombre de cas, dit Rossi, de distinguer l'escroquerie de cette adresse, de cette ruse qui, fort blâmable en elle-même, ne donne pas lieu cependant à une poursuite criminelle. Appeler des hommes à prononcer sur de simples tentatives d'escroquerie, ce serait faire de la justice humaine un jeu, une arène de métaphysique. » Aux observations de Rossi, nous ajouterons celles du président Barris, qui ne sont pas moins fondées : « Les vols, les larcins, les filouteries, dit ce magistrat, se réduisent toujours à des faits simples, matériels, faciles à saisir, et dans lesquels, par conséquent, la tentative se manifeste aussi d'une manière très simple et très facile à déterminer dans la moralité comme dans la matérialité de l'acte. Il en est autrement de l'escroquerie. C'est un délit de ruse et de fourberie, il est subtil, il échappe à l'œil, et, le plus souvent, ce n'est que par la consommation qu'il peut être déterminé. » Les faits, dans lesquels la jurisprudence a vu une tentative d'escroquerie, démontrent combien la répression, en pareille matière, est excessive et dangereuse. Ainsi, il a été jugé que la tentative est suffisamment caractérisée : — par la production

manœuvres rentrant dans les prévisions de l'article 405, ont abouti à un rendez-vous pris pour la remise des fonds, et lorsque la retraite volontaire de celui dont on convoitait l'argent a seule empêché la consommation du délit. Celui qui, réglant un compte avec un tiers, substitue, dans la somme qu'il reçoit, une pièce de valeur moindre, notamment une pièce en or de 5 francs à une pièce de 10 francs, et en réclame la différence, commet non le délit de vol, mais une tentative d'escroquerie : Paris, 18 juin 1887 (D. 88. 2. 44). Ainsi, il y a tentative d'escroquerie, résultant de l'emploi de manœuvres frauduleuses, de la part du voyageur qui, après avoir remis deux colis comme bagages à une compagnie de chemins de fer, en enlève un subrepticement et en réclame ensuite la valeur à la compagnie sur la production du récépissé qui lui avait été délivré et qui constatait le dépôt des deux colis : Poitiers, 23 janvier 1885 (D. 86. 2. 211), et Cass., 3 décembre 1885 (S. 87. 1. 238).

[95] C'est le système de la loi belge. Voy. Haus, *op. cit.*, n° 479.

l'agent, le délit est *manqué*, puisque la loi, telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence, ne paraît voir la consommation définitive de l'escroquerie que dans le détournement ou la dissipation des valeurs. Lorsqu'une telle situation se rencontre, les caractères du délit sont faciles à saisir et la répression s'impose dans tout système de législation. Si l'on voit, en effet, dans la remise ou la délivrance des fonds et valeurs, la consommation même du délit d'escroquerie, le fait sera puni comme *délit consommé*. Si l'on exige, pour que le délit soit complet, la dissipation ou le détournement des valeurs remises, le fait sera puni comme *délit manqué*. La qualification importe peu, dans notre système de législation, puisque le délit manqué est puni de la même peine que le délit consommé (C. p., art. 2 et 3).

2287. Dans l'escroquerie, comme dans tout délit de police correctionnelle, la loi punit les complices de la même peine que les auteurs. Les faits de complicité du délit d'escroquerie doivent être caractérisés suivant les règles établies par les articles 59 et 60. Par conséquent, une condamnation pour complicité d'escroquerie exige, à la fois, que les éléments de la tentative ou du délit consommé soient constatés vis-à-vis des complices, et que, en outre, les éléments matériels et moraux de la complicité soient spécifiés [101].

2288. L'escroquerie est punie d'un emprisonnement d'un an à cinq ans, et d'une amende de 50 francs à 3.000 francs. Ces deux peines sont obligatoires, et le juge ne saurait se dispenser de prononcer l'amende qu'en accordant des circonstances atténuantes au prévenu [102]. Le coupable peut, en outre, être interdit, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, des droits mentionnés en l'article 42 du Code pénal [103]. L'escroquerie est

[101] Voy., sur ce point, et à titre d'exemples : Cass., 1er mars 1884 (D. 86. 1. 94); 14 mars 1878 (D. 78. 1. 397); 29 octobre 1886 (*Gaz. Pal.*, 86. 2. 825); 18 mai 1888 (*Gaz. Pal.*, 88. 1. 868); 28 juill. 1887 (*Pand. franç.*, 87. 1. 361); 16 mai 1888 (D. 89. 1. 270).

[102] Cass., 9 décembre 1886 (*B. cr.*, n° 416).

[103] Cette peine peut être prononcée dans le cas même où le prévenu, par suite de l'admission de circonstances atténuantes, n'est condamné qu'à une amende : « Attendu que ces termes de l'article 405 : « à compter du jour

au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation.

2291. Les tribunaux correctionnels ont le devoir, dans leurs décisions, d'énoncer, tout à la fois, l'existence de tous les éléments de l'escroquerie, et des faits matériels d'où résultent ces éléments[106]. La Cour de cassation, en effet, exerce son contrôle, soit en déclarant qu'il manque, comme base de la condamnation, l'un des éléments légaux constitutifs de l'escroquerie, soit en revisant les conséquences légales déduites par le juge des faits qu'il a matériellement et souverainement constatés[107].

2292. L'article 405 se termine par la disposition suivante : « le tout, sauf les peines plus graves, s'il y a crime de faux. » Nous avons indiqué, à propos de cette dernière incrimination, les différences entre le faux et l'escroquerie.

Il n'existe aucune circonstance aggravante légale du délit d'escroquerie. Cependant, il serait utile de considérer comme telles, l'emploi de certains moyens, notamment la publicité par le journal ou par l'affiche. Ces procédés multiplient le danger par l'expansion même de la manœuvre frauduleuse.

§ CXLVIII. — NOTIONS GÉNÉRALES SUR L'ABUS DE CONFIANCE.

2293. Notions sur l'abus de confiance. Différences avec le vol et l'escroquerie. — **2294.** Sous la qualification d'abus de confiance, le Code pénal comprend quatre délits. — **2295.** La question de la véritable qualification de ces délits se pose particulièrement à propos des lois sur la récidive. Loi du 27 mai 1885. Loi du 26 mars 1891, modifiant l'article 58 du Code pénal.

2293. L'abus de confiance est le fait de celui qui, ayant reçu une chose pour en faire un usage déterminé, en tire profit pour son propre compte ou pour le compte d'autrui. Ce délit se consomme au moyen d'une interversion, *invito domino*, du *titre*

[106] Jurisprudence constante. Comp. par exemple : Cass., 19 novembre 1875 (*B. cr.*, n° 326); 19 mai 1881 (*B. cr.*, n° 128); 5 juin 1886 (*B. cr.*, n° 205); 12 août 1887 (*B. cr.*, n° 318); 2 décembre 1887 (*B. cr.*, n° 413); 5 janv. 1895 (D. 95. 1. 307); 1er août 1895 (D. 96. 1. 184). Comp. Blanche, t. VI, n° 187; Desjardins, *Rev. crit.*, 1886, p. 3.

[107] Voy. Cass., 9 novembre 1894, 5 avril 1895, 22 juin 1895 (D. 96. 1. 219-222); 12 février 1895 (D. 99. 1. 58).

[illegible] est poster
[illegible] effet, e
[illegible] une fausse
[illegible]
[illegible] de [illegible]
[illegible]
[illegible] que
[illegible]
[illegible]
[illegible] rane
[illegible]
[illegible] fr
[illegible] confi
[illegible] sévèrement. L'[illegible]
[illegible] entre ces trois groupes [illegible]
[illegible] aux règles de la justice distribu
[illegible] élémentaire ne permet pas de confon
[illegible] ruse ou violence qui caractérise
[illegible] les valeurs par manœuvres frauduleuses
[illegible] avec l'acte bien moins dangereux, l
[illegible] celui qui, régulièrement nanti de la ch
[illegible] et à l'occasion, et se l'approprie indûmen

[illegible] En sens contraire : H. Péret, *op. cit.*, p. 63 : « Les [illegible]

2294. Mais sous la qualification qui nous occupe, le Code pénal comprend quatre faits, dont le premier est une variété de l'escroquerie, et les trois autres des formes diverses de l'abus de confiance; le premier consiste, en effet, dans l'abus des besoins, des faiblesses ou des passions d'un mineur; le second, dans l'abus de blanc-seing; le troisième, dans l'abus de confiance proprement dit; le quatrième, dans la soustraction d'une pièce, produite précédemment dans une contestation judiciaire.

2295. La question de qualification de ces diverses variétés de délits se pose particulièrement, soit à propos de l'application de l'article 4 de la loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes, soit à propos de la spécialité en matière de récidive correctionnelle (C. p., art. 58).[2]

Deux de ces délits ne donnent lieu à aucune difficulté. Le premier est prévu par l'article 409; il consiste dans la soustraction d'une pièce produite dans une instance judiciaire. La question de savoir s'il y a, dans ce fait, un véritable abus de confiance est sans intérêt, au double point de vue qui nous occupe, parce que la peine du délit est toujours une simple amende. Le second est l'abus de confiance proprement dit, prévu et puni par l'article 408; c'est ce fait même qui est le délit caractérisé par la dénomination d'*abus* de confiance. La même solution doit être donnée pour l'abus de blanc-seing prévu et puni par l'article 407. Il y a, dans ce fait, un *abus de confiance spécialisé et qualifié*. En effet, pour qu'il soit punissable, à ce titre, le blanc-seing doit avoir été confié à celui qui en a abusé. Dans tous les autres cas, l'abus constituerait un faux. On se trouve donc bien ici en pré-

même de voler par sa victime. Peut-être serait-il resté un honnête homme, sans l'occasion qui lui a été fournie de cesser de l'être? Un mandataire infidèle et un voleur ont une psychologie criminelle différente.

[2] On sait que la loi du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines, a créé un système de récidive spéciale, de délit à délit, lorsque le condamné commet une seconde infraction de même nature que la première dans un délai d'un an dont le point de départ est déterminé par le texte de l'art. 58. Elle ajoute que pour l'application de cette récidive, les délits de vol, d'escroquerie et d'abus de confiance seront considérés comme un même délit. Cette disposition donne donc une grande importance à la détermination des délits qui méritent réellement le nom d'*abus de confiance*.

variété de l'usure. Il existe, en effet, deux sortes d'usure; l'une est l'usure contre les majeurs, prévue par les lois du 3 septembre 1807 et du 19 décembre 1850; l'autre est l'usure contre les mineurs, prévue par l'article 406 du Code pénal. Ce dernier texte n'a jamais servi qu'à punir des usuriers, bien que la loi ne nomme pas les prêts usuraires, mais se contente de viser les obligations souscrites au préjudice des mineurs. La véritable nature de ce fait a été aperçue par le Code pénal belge qui a prévu les deux cas d'usure dans les articles 493 et 494. La loi française, en rapprochant ce fait de l'abus de confiance, n'a certainement pas voulu assimiler deux situations juridiques différentes : celle qui consiste à détourner ce que l'on a reçu pour en faire un emploi déterminé et celle qui consiste à profiter pour l'exploiter de la faiblesse ou des passions d'un mineur.

§ CXLIX. — DE L'ABUS DES FAIBLESSES, DES BESOINS OU DES PASSIONS D'UN MINEUR

(C. p., art. 406).

2296. Abus des faiblesses et des besoins d'un mineur. — **2297.** Raison d'être de l'incrimination. — **2298.** Éléments du délit. — **2299.** Quels sont les incapables protégés par la loi pénale? Mineurs émancipés. Mineurs habiles à faire le commerce. Interdits. Pourvus de conseil. Femmes mariées. Vieillards et malades. — **2300.** La seconde condition du délit est que le mineur ait souscrit, à son préjudice, des obligations, quittances ou décharges. — **2301.** La troisième condition du délit est que les obligations, quittances ou décharges aient été obtenues en abusant des faiblesses, des besoins ou des passions du mineur. — **2302.** Le délit d'abus est consommé au moment où la victime a souscrit l'obligation ou passé la quittance. — **2303.** Peine du délit.

2296. L'article 406 punit d'un emprisonnement de deux mois à deux ans, et d'une amende qui ne peut excéder le quart des restitutions et des dommages-intérêts dus aux parties lésées, ni être moindre de vingt-cinq francs, « quiconque aura abusé des besoins, des faiblesses ou des passions d'un mineur, pour lui faire souscrire, à son préjudice, des obligations, quittances ou décharges, pour prêt d'argent ou de choses mobilières, ou d'effets de commerce, ou de tous autres effets obligatoires, sous quelque forme que cette négociation ait été faite ou déguisée. » Le cou-

pable peut, en outre, être interdit, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, des droits mentionnés en l'article 42 du Code pénal.

2297. La loi civile déclare les mineurs incapables de contracter dans les limites que nous n'avons pas à faire connaître ici (C. civ., art. 1124 et 1305). Mais cette sanction civile de leur incapacité suffit-elle pour les protéger? On ne l'a pas pensé. Il y a des individus, spéculant sur les besoins, sur les passions, sur l'inexpérience des mineurs, pour leur faire passer des actes qui, bien que nuls, emportent toujours une obligation morale, et peuvent servir de base à l'emploi de la contrainte et du chantage vis-à-vis de la famille. Si ces actes n'ont aucune valeur légale, même après la majorité de celui qui les a souscrits, ils sont souvent rendus publics et servent de prétexte à des poursuites. En un mot, celui qui les a obtenus peut en abuser de toute manière. Ce fait constitue donc une *fraude* au préjudice d'autrui que la loi pénale a pu incriminer[1]. C'est l'*usure* contre les mineurs.

2298. Les éléments matériels du délit sont au nombre de trois : 1° il faut que l'abus ait été commis à l'égard d'un mineur; 2° il faut que la victime ait pris un engagement écrit; 3° L'[illegible] faiblesses, les [illegible]

2299. [illegible] que l'abus a [illegible] *mineur*. Mais [illegible] des personnes [illegible] *incapables*? Trois [illegible]

[1] [illegible] XLIX. [illegible] Code pénal [illegible] son profit [illegible] d'un [illegible] personnelle [illegible] trois cents [illegible]

nous paraissent se dégager du texte, comme de l'esprit de la loi.

a) L'expression « mineurs » comprend tous les individus qui, à raison de leur âge ou de leur faiblesse d'esprit, sont traités *par la loi* comme des *mineurs*. La disposition qui nous occupe est évidemment applicable à tous les mineurs, qui ne sont pas émancipés, quels que soient leur sexe et leur âge. Quant aux *mineurs émancipés*, ceux qui ne sont pas autorisés à faire le commerce rentrent, sans difficulté, dans la catégorie des personnes que la loi entend protéger : en effet, les mineurs émancipés ne peuvent faire d'emprunts, sous aucun prétexte, sans une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le ministère public (C. civ., art. 483[2]). Mais les mineurs émancipés, autorisés à faire le commerce, étant reputés majeurs, certains auteurs en ont conclu que la loi ne s'appliquait pas à eux[3]. Cette opinion ne nous paraît pas fondée. D'une part, ces individus ne sont réputés majeurs que pour les faits relatifs à leur commerce, c'est-à-dire que l'autorisation de se livrer au négoce les habilite, d'une manière générale, pour faire tous les actes qui s'y rapportent (C. civ., art. 487 et 1308 ; C. comm., art. 2); et leur incapacité subsistant pour tout le reste, ce sont certainement des mineurs. D'autre part, il serait singulier que la loi cessât de protéger cette catégorie de mineurs contre la faiblesse de leur âge, leur inexpérience de la vie, les séductions qu'ils peuvent subir. Là où se rencontrent les mêmes causes de protection doivent se rencontrer les mêmes mesures protectrices[4]. Les *interdits judiciaires* sont-ils, comme les mineurs, défendus contre leurs faiblesses par l'article 406? On ne saurait en douter. L'article 509 du Code civil assimile, en effet, l'interdit au mineur pour sa personne et pour ses biens. D'où il suit que les mesures prises par la loi pour protéger le mineur lui sont communes avec l'interdit[5]. Mais

[2] *Sic*, Morin, *Rép. du droit crim.*, v° *Abus des besoins*, n° 2; Delapalme, *Encyclopédie du droit*, v° *Abus des besoins*, n°s 11 et 12.

[3] *Sic*, Chauveau et Hélie, t. V, n° 2247; Morin, *loc. cit.*; Delapalme, *loc. cit.*; Rauter, *op. cit.*, t. II, p. 143.

[4] Dans ce sens : Blanche, t. VI, n° 191.

[5] *Sic*, Blanche, t. VI, n° 192. La question ne peut être douteuse.

les motifs même qui ont déterminé la loi à interdire certains condamnés, ne permettent pas de croire que l'abus des besoins et des faiblesses d'un interdit légal, en admettant que le fait se produise, constitue le délit prévu par l'article 406. L'interdiction légale a bien été établie sur le modèle de l'interdiction judiciaire. Mais l'incapacité qui frappe le condamné a un double but : en premier lieu, de pourvoir à l'administration de ses biens dont il ne pourrait que difficilement prendre soin pendant le cours de sa peine; en second lieu, de l'empêcher d'adoucir son sort dans la prison et de se procurer des moyens d'évasion. L'interdit légal n'est protégé que dans cette double mesure et sa capacité subsiste pour tous les actes qui ne portent pas atteinte au but de l'interdiction.

b) Mais la loi ne s'applique pas à l'abus des besoins, des faiblesses ou des passions de toute personne déclarée incapable par la loi, par cela même et par cela seul qu'elle serait inhabile à conclure elle-même des engagement valables. En l'absence d'une disposition générale, ce sont seulement les mineurs ou les individus assimilés aux mineurs que l'article 406 entend protéger. Ainsi, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire est bien un faible d'esprit, auquel il est défendu d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, de grever ses biens d'hypothèques sans l'assistance de son conseil (C. civ., art. 499 et 513). Faut-il en conclure que l'abus de ses besoins ou de ses passions, par un usurier, un prêteur à gage, puisse être incriminé comme délit? Il serait, sans doute, désirable qu'il en fût ainsi. Nous ne croyons pas, cependant, qu'un texte pénal, écrit pour protéger les mineurs, puisse être étendu aux individus pourvus de conseil[1]. A plus forte raison, l'abus des besoins, des faiblesses, des passions d'une femme mariée, même

[1] Voy. cependant en sens contraire : Blanche, t. VI, n° 154. Cet auteur tire argument de ce que la loi civile annule certains engagements de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire. Cet argument est certainement insuffisant. De ce que la loi annule les engagements pris par la femme, sans l'autorisation de son mari, il ne s'ensuit pas que l'abus des besoins ou des faiblesses d'une femme mariée puisse être assimilé à l'abus des besoins ou des faiblesses d'un mineur. Cet auteur lui-même ne le soutient pas.

sous le régime dotal, pour lui faire souscrire, à son préjudice, et sans l'autorisation de son mari, des obligations, quittances ou décharges, ne serait pas punissable en vertu de l'article 406.

c) Le fait d'abuser de la faiblesse d'une personne que l'âge ou la maladie livre en proie à toutes les séductions ne serait délictueux que s'il rentrait dans les conditions de l'escroquerie. Ainsi, l'article 406 ne pourrait être invoqué contre ceux qui, abusant des infirmités d'un vieillard, de la faiblesse d'esprit d'un hystérique, favorisent les besoins ou les passions de ces personnes[7].

2300. La seconde condition du délit est que le mineur ait souscrit, à son préjudice, des obligations, quittances ou décharges. D'où il suit: 1° Qu'il faut un engagement *écrit*, « souscrit, » ainsi que s'exprime l'article 406; un engagement verbal, moins dangereux parce qu'il serait plus contestable, ne suffirait pas[8]; 2° Qu'il faut un engagement *dommageable*. Il est donc nécessaire que les obligations souscrites par le mineur puissent lui causer un préjudice. Mais de quelle nature sera ce préjudice? Les engagements d'un mineur ne sont-ils pas nuls en vertu de son incapacité même? Sans doute; mais la loi a voulu prémunir l'incapable, non seulement contre la souscription, mais, encore et surtout, contre la *réalisation* d'engagements viciés à l'origine. Le préjudice ou plutôt la *possibilité du préjudice* réside donc dans l'engagement lui-même, dont la validité réelle est sans importance, puisqu'on peut toujours se croire tenu de faire honneur à sa *signature*. Il faut en conclure, par conséquent, que le délit existerait, alors même que le prévenu n'aurait pas dissimulé la véritable date pour faire croire à un engagement pris en temps de majorité, bien que, dans ce cas, la nullité de l'engagement apparaisse par le contenu même du billet. L'article 406 serait encore applicable si l'obligation était nulle pour une autre cause que l'incapacité du mineur, par exemple, pour un vice de forme[9]. Toute distinction faite à cet égard est repoussée

[7] *Sic*, BLANCHE, t. VI, n° 194.

[8] L'opinion des auteurs est unanime sur ce point : CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 2249; BLANCHE, t. VI, n° 195.

[9] Certains auteurs ont voulu distinguer entre la nullité résultant de la

[illegible] à vil prix, des valeurs mobili[illegible]
[illegible] des effets de commerce, des titres au porte[illegible]
[illegible] à son préjudice, de deniers lui appar[illegible]
[illegible] dépouillant, par l'abus de ses besoins, [illegible]
[illegible] et de ses passions. Mais ces actes, quelque [illegible]
[illegible] préjudiciables qu'ils soient, ne tomberont sous l[illegible]
[illegible] qu'ils rentrent dans ses termes, c'est-à-di[illegible]
[illegible] par écrit et s'ils ont pour objet un prêt d'arg[illegible]
[illegible] ou d'effets négociables. Telles sont, e[illegible]
[illegible] un peu étroites, de l'article 406. Ainsi, [illegible]
[illegible] sous cette qualification, le marchan[illegible]
[illegible] le mineur à lui acheter des meubles à crédi[illegible]
[illegible] par lui des billets comme garantie de pai[illegible]
[illegible] qu'une telle vente ne déguise pas un prê[illegible]
[illegible] non plus coupable de ce dont celui qui benéfi[illegible]

[illegible] Voy. par [illegible]
[illegible] 22 [illegible] Mais [illegible] manque [illegible]
[illegible] l'article 406.
[illegible] de la quittance souscr[illegible]
[illegible] parce que [illegible]
[illegible] l'article 406
[illegible] la date exacte [illegible]
[illegible] de qu[illegible]
[illegible] même pour

la part du mineur, d'une pure libéralité, encore qu'elle ait été arrachée à la faiblesse de l'incapable[11]. L'article 406 est également inapplicable aux billets de complaisance souscrits par un mineur[12]. En un mot, ce que la loi prévoit et punit c'est seulement une des formes de l'usure, celle qui prend pour victimes, les mineurs de vingt et un ans.

2301. La troisième condition du délit est que les obligations, quittances ou décharges aient été obtenues en abusant des faiblesses, des besoins ou des passions du mineur. C'est dans cet élément que consiste la *moralité* du délit. Deux observations en préciseront la portée.

a) Il faut que le prévenu ait favorisé, dans un but de cupidité et de lucre, les mauvaises passions des jeunes gens, en profitant de leur inexpérience pour leur faire souscrire des obligations onéreuses. La loi n'a pas défini en quoi consiste l'*abus* qu'elle punit; elle en a abandonné la détermination au juge du fait[13]. Mais il faut, bien entendu, un acte positif, une manœuvre frauduleuse, employée *lucri faciendi causa*, et ayant pour résultat la souscription d'une obligation ou d'une quittance. Non que la manœuvre frauduleuse doive être caractérisée, comme dans l'escroquerie, dont le délit qui nous occupe est cependant une variété ; il ne s'agit pas, en effet, de *tromper* le mineur; il s'agit de tirer profit de ses passions, de ses faiblesses, de son inexpérience, en un mot d'*abuser* de sa condition même[14]. L'ar-

[11] Paris, 16 juin 1887 (S. 88. 2. 108, D. 88. 2. 44).

[12] Poitiers, 15 juillet 1887 (S. 88. 2. 108; D. 88. 2. 31).

[13] Les faits qui constituent l'abus sont abandonnés à l'appréciation des tribunaux. En conséquence, il faut, mais il suffit, que l'intention d'abuser des faiblesses ou des passions des mineurs soit affirmée, à la charge du prévenu, par la décision qui le condamne : Cass., 14 mai 1880 (S. 82. 1. 329); 27 mai 1898 (D. 99. 1. 204). En effet, le délit qui nous occupe n'est pas défini par la loi, à la différence de l'escroquerie. On sait que si le délit est défini par la loi, le juge du fait n'est souverain que pour constater les éléments qui entrent dans sa définition, et non pour lui donner sa qualification légale.

[14] M. H. Péret, *op. cit.*, p. 61, critique les expressions dont la loi s'est servie. Pour protéger les mineurs contre les entraînements de leur âge, il lui semble qu'il serait utile de remplacer les mots besoins, faiblesses ou passions, par celui d'*inexpérience ;* car les besoins, les faiblesses, les pas-

qui sont dus aux parties lésées, ni être moindre de vingt-cinq francs. Les règles suivantes s'appliquent à la détermination de l'amende : 1° Le minimum est d'un chiffre fixe de vingt-cinq francs. Le maximum seul est variable. Il peut atteindre, mais ne peut excéder le quart des restitutions et des dommages-intérêts. Le juge ne devra donc pas dépasser le minimum sans faire, dans sa décision, l'évaluation des restitutions et des dommages-intérêts, sans quoi, la condamnation manquerait de base légale[18]. Il n'y a pas lieu, si le chiffre a été dépassé, à cassation par voie de retranchement, mais à cassation totale avec renvoi[19]. 2° L'amende est indépendante des restitutions et dommages-intérêts ; et, par conséquent, si le préjudice avait été complètement réparé, l'amende devrait néanmoins être prononcée, mais elle ne pourrait excéder le minimum, c'est-à-dire vingt-cinq francs[20]. 3° En établissant les bases de cette amende, la loi a statué pour le cas le plus ordinaire dans un délit de cette nature, celui où il y a une partie civile en cause. Mais la présence d'une partie civile n'est pas nécessaire pour déterminer la valeur des restitutions et dommages-intérêts qui doivent servir de base à l'amende[21]. 4° Lorsqu'il y a plusieurs prévenus en cause, comme il doit être prononcé autant d'amendes qu'il y a de coupables, chacune de ces amendes doit être calculée d'après le montant du bénéfice illégitime que chaque coupable a personnellement retiré du délit[22].

[18] Cass., 5 mars 1877 (*B. cr.*, n° 41); 11 mai 1895 (D. 97. 1. 425); 7 novembre 1895 (D. 96. 1. 224). Jurisprudence d'ailleurs constante. Voy. pour une hypothèse spéciale : Cass., 21 décembre 1885 (D. 96. 1. 233).

[19] Jurisprudence constante : Cass., 25 octobre 1894 (D. 95. 1. 56).

[20] Cass., 28 février 1862 (D. 62. 5. 5); Blanche. t. VI, n° 199.

[21] Carnot (*Comm. du Code pénal*, t. II, p. 381 enseigne que l'amende ne pourrait, dans ce cas, être fixée qu'au minimum de 25 francs. Mais pourquoi le juge ne pourrait-il pas se mouvoir dans les limites de l'article 406, s'il estime le dommage résultant du délit? La jurisprudence est conforme : Cass., 29 juillet 1893 (D. 94. 251); 10 et 23 août 1894 (D. 95. 1. 56). C'est un point aujourd'hui établi que la présence d'une partie civile n'est pas nécessaire pour déterminer le montant des restitutions et dommages-intérêts. Même en l'absence d'une partie civile, le juge a le pouvoir d'arbitrer d'office la somme qui doit servir de base au calcul de l'amende proportionnelle. La réparation ou restitution ne peut faire obstacle à l'application de la peine.

[22] Cass., 12 avril 1873 (*B. cr.*, n° 99).

Le prévenu déclaré coupable du délit d'abus de confiance peut être condamné, sur les conclusions de la partie civile, non seulement à la restitution des sommes détournées, mais encore à des dommages-intérêts motivés par les agissements frauduleux dont elle se plaint[23].

§ CL. — DE L'ABUS DE BLANC-SEING.

(C. p., art. 407).

2304. Distinction entre le faux et l'abus de blanc-seing. — **2305.** Éléments de l'abus de blanc-seing. — **2306.** L'élément primordial du délit est un acte de confiance de la victime. — **2307.** Le second élément résulte de cette circonstance que l'auteur de l'abus est précisément celui à qui le blanc-seing a été confié pour en faire un usage déterminé. — **2308.** La troisième condition du délit, c'est l'abus frauduleux du blanc-seing ainsi confié. — **2309.** La dernière condition du délit est que l'écriture mise au-dessus de la signature opère obligation ou décharge, ou puisse compromettre, d'une façon quelconque, la personne ou la fortune du signataire. — **2310.** De la preuve en matière d'abus de blanc-seing. — **2311.** Peine de l'abus de blanc-seing.

2304. Il est possible, et le fait se présente même assez souvent, que, dans une circonstance de la vie, un individu ait besoin de donner sa signature d'avance, sur une feuille de papier blanc, pour ratifier une écriture privée, qui sera placée ultérieurement au-dessus de la signature : c'est ce que l'on appelle un blanc-seing[1]. Il n'est même pas nécessaire, aux termes de la jurisprudence, que la feuille de papier soit entièrement blanche. Il suffit qu'il y ait un intervalle entre l'écriture et la signature qu'elle a reçue, et que l'on puisse abuser de cette signature, en remplissant l'intervalle laissé en blanc, de manière à compromettre la personne ou la fortune du signataire. Le fait qui consiste à remplir le blanc-seing, en y inscrivant un acte différent de celui qu'il est destiné à contenir, dans le but de créer l'apparence d'un titre contre l'individu qui a remis le blanc-seing, est incontestablement un *faux en écri-*

[23] Cass., 3 août 1893 (D. 97. 1. 425).

§ CL.[1] Je relève cette définition dans un arrêt de la Cour de cassation du 11 mars 1825 (S. *Coll. nouv.*, t. VII, 1. 73).

ture privée par fabrication de conventions. Néanmoins, si ce fait est l'œuvre de celui à qui la feuille de papier signée a été remise, le délit change de nature, il cesse d'être un faux pour devenir une fraude. La personne qui, volontairement donne un blanc-seing, dont le mandataire abuse, en le remplissant d'une manière contraire à son mandat, commet la même imprudence que celui qui signe un acte sans le lire. Sa confiance est trompée ; mais l'individu qui en abuse commet un tout autre délit que celui qui profite d'un blanc-seing pour le remplir. Aussi, tandis que l'ancien droit considérait ces deux faits comme une des formes du faux, le Code pénal de 1810 distingue si le blanc-seing *a été confié* à la personne qui en a abusé, ou si cette personne s'en est emparée par fraude, par adresse ou même en est devenu possesseur par hasard. Dans le premier cas, il n'y a qu'un *abus de confiance*, c'est-à-dire un *délit*, parce que la victime doit s'imputer, tout à la fois, l'imprudence qu'elle a commise en plaçant mal sa confiance, et la facilité qu'elle a donnée pour abuser de sa signature en remettant le blanc-seing. Dans le second cas, la supposition ou l'altération de l'acte est un *faux*, c'est-à-dire un *crime*.

Cette distinction, dont les grandes lignes sont si simples, a donné lieu à des difficultés que nous avons examinées à propos du faux en écritures[2].

[2] *Suprà*, t. III, p. 567, n° 1045. Cette distinction entre l'abus de blanc-seing et le faux est-elle judicieuse? Nous ne le pensons pas. L'abus de blanc-seing n'est pas un faux, dit-on, parce que la confiance aveugle du signataire a inspiré à l'agent le projet et lui a donné le moyen de commettre le délit? Sans doute, mais l'imprudence du signataire ne change pas la nature propre du fait. Constitue-t-elle, tout au moins, une circonstance atténuante? Evidemment non. Ce n'est que dans le cas où l'agent serait devenu possesseur du blanc-seing par des circonstances fortuites que l'on pourrait admettre un motif d'atténuation, et, cependant, c'est, dans ce cas, aux termes de l'article 407, qu'il y aura crime de faux. Loin de pouvoir servir d'excuse à l'agent, la circonstance que le blanc-seing lui a été confié devrait augmenter sa culpabilité, puisque celui-ci commet, à la fois, un abus de confiance et un faux. Et voyez les anomalies singulières qui résultent de ce système ! Un notaire, auquel on remet un blanc-seing, et qui en use, commet un abus de blanc-seing, c'est-à-dire un délit ; son clerc, commettra un faux, c'est-à-dire un crime. Une personne remet son nom et son adresse sur un

mettre la personne ou la fortune du signataire[4]. Cette solution nous paraît critiquable. L'acte, ainsi souscrit avec des blancs, suppose que le débiteur ne s'en est pas entièrement remis au

[4] Dans une première espèce, la signature était précédée d'un : *bon pour*. « Attendu, dit la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 janvier 1826 (S. *Coll. nouv.*, t. VIII, 1. 258), que l'arrêt attaqué a jugé que des billets revêtus d'un *bon pour*, et d'une signature, ne sont pas des blancs-seings dans le sens de l'article 407; que cette décision est en opposition avec la disposition de cet article, qui définit le blanc-seing, une signature au-dessus de laquelle on peut écrire frauduleusement une obligation, une décharge ou tout autre acte pouvant compromettre la personne ou la fortune du signataire; que cette définition ne pourrait exclure le *bon pour*, puisque le *bon pour*, dans certaines circonstances, peut seul rendre la signature obligatoire; que, dès lors, l'abus d'un *bon pour*, joint à la signature, aggrave encore le préjudice porté au signataire; que cette circonstance aggravante ne saurait faire disparaître le délit, et qu'en distinguant lorsque la loi ne distingue pas, pour éluder sa disposition primitive, la Cour de Douai a expressément violé l'article 407 ». Comp. Cass., 27 février 1862 (*B. cr.*, n° 59). Voy. Alger. 6 mars 1896 (D. 97. 2. 491) — Dans une deuxième espèce, il s'agissait d'une signature apposée à l'avance au bas d'un modèle de transfert imprimé : Cass., 11 mars 1825 (*B. cr.*, n° 90). — Dans une troisième un billet avait été transféré avec un endossement en blanc dont il avait été fait abus : « Attendu, dit l'arrêt du 23 septembre 1843 (*B. cr.*, n° 250), que l'article 407 n'exige pas que la signature confiée soit sur une feuille de papier entièrement blanche, ou que celui à qui elle est confiée puisse y écrire diverses conventions à son choix; qu'il suffit, pour son application, que l'on puisse abuser de la signature en remplissant le blanc d'une manière propre à compromettre la personne ou la fortune du signataire ». — Il a été également jugé qu'il y a délit d'abus de blanc-seing, de la part de celui qui a écrit frauduleusement, dans des polices d'assurance à lui remises en blanc, des conventions qui, en augmentant le capital assuré, surélevaient la prime annuelle de la moitié au moins du prix verbalement convenu : Cass., 4 novembre 1887 (*B. cr.*, n° 366). — Le délit d'abus de blanc-seing existe également lorsque, une signature en blanc ayant été donnée pour servir à l'obtention de secours pécuniaires, celui à qui elle a été confiée a écrit au-dessus des déclarations qui exposaient le signataire à des poursuites correctionnelles, alors même que l'auteur de ces faits n'aurait pas personnellement fait usage du blanc-seing ainsi dolosivement rempli : Cass., 28 juin 1890 (D. 92. 1. 494). — Mais le fait par un débiteur de profiter d'un blanc, laissé par inadvertance dans le texte d'une quittance, d'ailleurs complète, pour y insérer une mention préjudiciable à son créancier, ne constitue pas le délit de blanc-seing, le titre lui ayant été ainsi donné, comme preuve de sa libération, et n'ayant pas encore été confié à sa bonne foi, encore imparfait, et

c) Le blanc-seing ne peut être réputé avoir été confié à un tiers que lorsqu'il a été remis à cette personne à titre de blanc-seing et avec un mandat quelconque. Ainsi, un individu remet ses nom et prénoms, à titre d'adresse, à un tiers: celui-ci fabrique, au-dessus de ces nom et prénoms, une obligation à son profit : il y a faux et non simplement abus de blanc-seing[6]. Ainsi encore, dans une espèce où un individu, auquel une pétition avait été remise, avait écrit une obligation entre la pétition et la signature, la Cour de cassation a considéré : « que la signature dont l'accusé a été convaincu d'avoir abusé ne lui avait pas été donnée en blanc, mais qu'elle avait été apposée au bas d'une pétition, et que c'est en supprimant le corps de cette pétition qu'il a substitué un billet à ordre sur le blanc qui restait entre la dernière ligne de cette pétition et la signature ; que cette signature n'était pas un véritable blanc-seing, puisqu'elle avait été apposée au bas d'un écrit: qu'en supposant que ladite signature fût un blanc-seing, elle n'avait pas été confiée comme telle à l'accusé, puisqu'elle ne serait devenue blanc-seing que par la suppression frauduleuse de la pétition au bas de laquelle elle était apposée; qu'il suit de ces considérations que le fait est un véritable faux en écriture[7]. » Un notaire obtient, par surprise, la signature d'une personne sur une feuille de papier timbré, et fabrique, au-dessus de cette signature, une procuration lui donnant pouvoir de faire un emprunt. Il a été décidé, par la Cour de cassation, que « ce fait ne constituait pas l'abus d'un blanc-seing confié à celui qui en avait abusé, mais qu'il avait le caractère d'un faux[8] ». Ainsi, le fait par celui qui a reçu une quittance d'insérer, dans un blanc laissé par inadvertance, une mention préjudiciable, ne constitue pas l'abus de blanc-seing, mais le crime de faux[9].

de nature à annihiler cette volonté. » Au fond, c'est la distinction que nous proposons. Comp. Cass., 25 janvier 1849 (S. 49. 1. 203); 22 mars 1849 (S. 49. 1. 572); 20 septembre 1855 (S. 56. 1. 364. D. 55. 1. 428).

[6] Cass., 2 juillet 1829 (D. A, v° *Faux*, n° 34[illegible]).

[7] Cass., 22 octobre 1812 (S. *Coll. nouv.*, t. IV, 1. 205).

[8] Cass., 25 janvier 1849, précité. V. aussi Cass., 30 janvier 1874 *B. cr.*, n° 33[illegible]; Douai, 17 nov. 1897 (D. 99. 2. 31).

[9] Lyon, 30 déc. 1881 (S. 84. 2. 19).

créancier, pui[illegible] son abus de blanc-seing, toutes les
ou convention[illegible] remise à celui-là même qui en a
plir les blanc[illegible] blanc-seing. C'est ce qui se produirait
un abus de [illegible] trouvait au bas d'un acte complet ou
que modifi[illegible] volontairement remise. Telle est la for-
une conve[illegible] pénétrer.

b) Le [illegible] du délit résulte de cette circons-
qui est [illegible] est précisément celui à qui le blanc-
par l'em[illegible] faire un usage déterminé. Quand nous
rait [illegible] l'expression dans son sens juridi-
délit. [illegible] question très discutée que celle de savoir,
blanc-[illegible] ou s'il y a faux, lorsque la personne,
ploi [illegible] confié, le fait remplir par un tiers.
et [illegible] résolue par l'application des prin-
con[illegible] complicité. Ou le tiers, auquel le blanc-
Un[illegible] qu'il y écrive la convention, est ré-
[illegible] et alors il a commis un *faux*, dont
[illegible] celui qui lui a remis le blanc-seing.
[illegible] que l'on répute *auteur principal*, celui
[illegible] convention, n'étant considéré que comme
[illegible] *complice*, et alors tous les deux n'ont
[illegible] de blanc-seing. C'est toujours ce dernier
[illegible] paraît admettre la jurisprudence. Mais s'il est
[illegible] moins juridique que le premier. Dans notre
[illegible] qui a eu la pensée du crime, qui l'a inspiré
[illegible] des instructions pour le commettre, l'*auteur*
[illegible]*gateur*, en un mot, est simplement réputé
[illegible]ration directe et principale ne pouvant résul-
[illegible]*ticipation matérielle* aux actes d'exécution du
[illegible] qui le blanc-seing a été confié n'a pas rempli
[illegible] blanche, il a simplement *provoqué* un tiers
[illegible] lui a *donné les instructions* pour le faire. Dans
[illegible] l'article 60, il est donc *complice* d'une fabrication
[illegible] faite au moyen d'un blanc-seing, par celui auquel
[illegible] n'avait pas été confié[1].

[illegible] a, du reste, suivi des évolutions diverses sur la ques-

Mais il faut prévoir la situation inverse. C'est l'individu, à qui le blanc-seing avait été confié, qui en a abusé en faisant précéder la signature qu'il avait obtenue d'énonciations susceptibles de compromettre son auteur. Mais il n'a agi que sous l'inspiration d'un tiers, dont il n'a été que l'instrument, et qui a poursuivi, en le dirigeant, en provoquant l'abus, la satisfaction d'un intérêt exclusivement personnel. Il est évident que cette circonstance, qui a pour résultat d'introduire un complice,

tion. Par un arrêt du 4 février 1819 (S. *Coll. nouv.*, t. VI, 1. 22), la Cour de cassation a reconnu que le fait était un faux dont se rendait complice le tiers auquel le blanc-seing avait été confié. Puis, par un arrêt du 8 avril 1830 (S. 30. 1. 297), elle a jugé, au contraire, « qu'aux termes de l'article 407, l'accusé, s'il était l'auteur direct de l'usage frauduleux, ne serait punissable que des peines correctionnelles portées dans cet article, puisque le jury a reconnu que ce blanc-seing lui avait été confié par celui au préjudice duquel il en a été abusé ; qu'il ne peut donc être condamné à une peine plus forte dans l'espèce, lorsqu'il n'est déclaré coupable que comme complice de faux. » Par un troisième arrêt, la Cour de cassation, revenant à sa première jurisprudence, avait décidé que « l'abus de blanc-seing prenait les caractères du crime de faux, dès que celui, auquel il a été confié, s'était adressé à un tiers pour faire écrire frauduleusement, au-dessus de la signature, la convention supposée. » Cass., 31 janvier 1835 (S. 35. 1. 1289). Mais par un autre arrêt du 5 février 1880 (*B. cr.*, n° 23), elle a vu, dans ce fait, non plus un faux, mais un abus de confiance, en considérant que celui, auquel le blanc-seing avait été confié, était le véritable auteur du délit. Voy. dans le même sens : Cass., 28 juin 1890 (D. 92. 1. 493 1). — Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. V, n° 2259, considèrent la remise du blanc-seing comme une circonstance personnelle exclusivement propre à celui à qui la feuille de papier portant la signature a été confiée. L'abus de blanc-seing, disent-ils, n'est qu'un faux, atténué par une circonstance personnelle à l'agent. Lorsque l'abus est commis par plusieurs personnes chacune d'elle aurait bien coopéré au même fait, mais ce fait serait diversement qualifié pour chacune d'elles. Évidemment, il y a, dans cette manière de voir, une confusion. Le fait que l'abus a été commis par celui auquel le blanc-seing était confié, n'est pas une circonstance extrinsèque, mais intrinsèque, influant sur le titre même du délit, modifiant sa nature, transformant un faux en un abus de confiance. Par conséquent, il faut admettre, dans le cas où le blanc-seing a été rempli par un tiers sous l'inspiration de la personne à qui il était confié, qu'il y a faux ou abus de confiance pour le tiers comme pour cette personne ; mais il y aurait contradiction à considérer le même fait comme un faux, à l'égard de l'un, et comme un abus de blanc-seing, à l'égard de l'autre. Comp. *suprà*, t. III, p. 569.

l'instigateur, à côté du prévenu, l'auteur principal, ne peut modifier le caractère juridique du fait, qui est un abus de blanc-seing et non un faux[1].

2308. La troisième condition du délit, c'est qu'il y ait un *abus frauduleux* du blanc-seing ainsi confié.

a. Cet abus consiste, suivant les termes de l'article 407, dans l'inscription d'un *acte* au-dessus de la signature. On peut dire que ce fait seul implique l'intention frauduleuse (*dolum in se habet*), et cette intention sera rendue encore plus manifeste par l'*usage* même du blanc-seing ainsi rempli.

b. Mais il n'est pas nécessaire, pour que le délit existe, qu'il ait été fait *usage* de l'acte, frauduleusement rédigé au-dessus de la signature. C'est la *fabrication* même d'une convention différente de celle pour la constatation de laquelle le blanc-seing avait été confié, qui forme l'*abus*[2]. Sans doute, comme dans toute falsification d'écriture, ce n'est pas précisément le *faux* qui est préjudiciable, c'est l'*usage* du faux soit *in judicio*, soit *extra judicium*. Mais on doit simplement conclure de cette observation, que si, d'un côté, l'abus du blanc-seing est *consommé* par le simple fait de l'inscription frauduleuse d'une obligation ou d'une décharge au-dessus de la signature, d'un autre côté, l'usage d'un blanc-seing, déjà frauduleusement rempli, est toujours un délit[3].

c. L'usage, en effet, constitue un nouveau fait d'abus ou, pour mieux dire, une *continuation* de l'abus, déjà consommé par l'inscription frauduleuse. Si donc la personne, à qui le blanc-seing était confié et qui l'a rempli, en fait usage, elle *continue* à être coupable d'un abus de blanc-seing et non d'un crime de faux, sans qu'on puisse considérer ce fait d'usage comme cons-

[1] Voy. Cass., 28 [illegible] 1890 (D. 92. 1. 194 et la note; S. 93. 1. 59; Grenoble, 17 janv. 1891 (D. 92. 2. 267).

[2] Sic, Cass., 11 mars 1825 [illegible]. Sur ce point : DESJARDINS, *Rev. crit. de législ.*, 1884, p. 69.

[3] Comme l'a dit la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 avril 1821 (S. *Coll. nouv.*, t. VI, 1. 421), le délit consiste, non seulement dans la [illegible] obligations ou décharges sur le blanc-seing, mais [illegible] frauduleux qui peut en être postérieurement fait.

tituant un nouveau délit. C'est la continuation du même délit. Mais le tiers, qui participerait sciemment au fait d'usage, sans avoir participé à la fabrication de la convention, ne pourrait prétendre obtenir l'impunité[14], sous prétexte qu'il ne serait intervenu qu'après la consommation du délit. D'où il suit que l'abus de blanc-seing est un délit continu, quand on l'envisage, non dans le fait de la falsification, certainement instantané, mais dans le fait d'emploi du blanc-seing, frauduleusement rempli, soit par l'auteur de la fabrication, soit par un tiers[15].

2309. La dernière condition du délit est que l'écriture, mise au-dessus de la signature, opère obligation ou décharge, ou puisse compromettre, d'une façon quelconque, la personne ou la fortune du signataire. *a*) Ainsi, l'article 407 a déterminé ce que doit contenir de préjudiciable le blanc-seing frauduleusement rempli, en spécifiant, par forme d'exemple, une « obligation ou décharge », mais en ajoutant une formule générale, très heureusement choisie, « ou tout autre acte pouvant compromettre la personne ou la fortune du signataire. » *b*) Par suite,

[14] L'article 407 est muet sur l'usage fait du blanc-seing déjà rempli. Cet usage frauduleux constitue-t-il une espèce particulière du délit prévu par l'article 407, lorsqu'il est le fait d'un tiers qui n'a pas fabriqué la convention? Nous n'hésitons pas à l'admettre, par la raison que la fabrication, étant punie indépendamment de l'usage, l'usage doit être puni indépendamment de la fabrication. *Sic*, Blanche, t. VI, n° 206 ; Faustin Hélie, *Pratique criminelle*, n° 817. Mais en sens contraire: Desjardins, *Rev. crit.*, 1884, p. 71 ; Brun de Villeret, *Traité théorique et pratique de la prescription*, n° 151.

[15] La Cour suprême a jugé que l'abus d'un blanc-seing, se réalisant par l'usage frauduleux qu'on en fait, se reproduit et se perpétue chaque fois que cet usage se renouvelle : d'où il suit que la prescription ne commence à courir qu'à dater du dernier usage qu'on en fait : Cass., 5 janvier 1883 (S. 85. 1. 405). « L'usage, lorsqu'il se produit, constitue ..... une circonstance qui consomme plus sûrement le délit. » Voy. également : Cass., 22 novembre 1888 (*B. cr.*, n° 334) ; Blanche, t. VI, n° 209. *Adde*, les notes 6, 7, 8, 9, *in medio*, sous Cass., 5 juillet 1890 et 5 décembre 1891 (S. 92. 1. 537). Mais je fais observer que cette jurisprudence sur la question de prescription ne peut s'appliquer qu'au fait d'usage et non au fait de fabrication, incriminé distinctement de l'usage. Comp. sur la question et en sens divers : Desjardins, *Rev. crit. de législ.*, 1884, p. 69 à 71 ; Brun de Villeret, *Traité théorique et pratique de la prescription en matière criminelle*, n° 150.

tout acte qui n'aurait pas cet effet, alors même qu'il aurait été écrit avec une intention frauduleuse caractérisée, ne constituerait pas un abus punissable; d'où il suit que la supposition d'une convention, *radicalement nulle*, excluerait le délit, puisque l'acte incriminé, manquant de l'un de ses éléments essentiels, ne serait pas de nature à compromettre la personne ou la fortune du signataire. Mais si cet acte n'était entaché que d'une nullité relative, de ces nullités qui peuvent être couvertes ou suppléées, le fait constituerait l'abus de blanc-seing puisqu'il serait de nature à causer un préjudice au signataire [16].

2310. La preuve testimoniale est-elle admissible pour démontrer l'existence d'un abus de blanc-seing? En analysant le délit, on sépare la *remise* du blanc-seing, simple fait matériel, dont la preuve par témoins peut toujours être rapportée, de la *convention* qu'il constate, fait juridique, excluant la preuve testimoniale, en vertu de la règle qu'on ne peut prouver par témoins outre et contre le contenu des actes. Mais cette analyse est d'une exactitude plus apparente que réelle. Sans doute, la remise d'un blanc-seing n'est qu'un fait matériel, non une convention, bien que cette remise s'accompagne, presque nécessairement, d'un *mandat* donné par la victime au prévenu; mais dès que le blanc-seing est rempli, il forme un tout complet et indivisible et constate cette convention. Comment séparer, dès lors, la convention qu'il renferme, de la feuille de papier qui la contient? Si l'on pouvait prouver par témoins la remise d'un blanc-seing, il ne serait pas d'acte privé qui ne pût être attaqué ou détruit par la preuve testimoniale, puisqu'il suffirait à celui qui y aurait intérêt d'établir, par témoins, la remise d'une feuille

[16] Cette distinction est faite par BLANCHE, t. VI, n° 208. La Cour de cassation l'a appliquée dans une espèce où l'écrit mentionnait inexactement qu'il avait été fait double : « Attendu que l'acte que Ducher a frauduleusement fait écrire au-dessus du blanc-seing à lui confié par Daymard, avait toutes les apparences d'un acte régulier, et mentionnait qu'il avait été fait double entre les parties; que cette mention fût-elle inexacte, l'acte frauduleux n'en pouvait pas moins avoir des conséquences préjudiciables pour Daymard et le compromettre dans sa fortune, dans les termes de l'article 407 du Code pénal ». Cass., 4 février 1880 *B. cr.*, n° 23). Même situation, plus nette encore, dans Cass., 28 nov. 1894 (*Gaz. Pal.*, 95. 1. 64).

de papier revêtue de sa signature et qui aurait été remplie après coup. Aussi la jurisprudence a-t-elle toujours persisté à voir dans la remise du blanc-seing, un mandat qui ne peut être prouvé que par les moyens de preuve établis par le droit civil[17]. Toutefois, certaines restrictions tempèrent cette règle, dont l'application absolue rendrait presque toujours impossible la poursuite du délit : 1° Si le blanc-seing a été obtenu à l'aide du dol ou de la fraude, la preuve testimoniale est admissible *de plano* pour établir l'existence de ces circonstances qui sont exclusives du consentement libre de la victime[18]; 2° Il en est de même quand le blanc-seing a eu pour objet un acte de commerce[19]; 3° Si l'existence du blanc-seing n'est pas niée par le

[17] Cass., 5 mai 1831 (S. 31. 1. 188) : « Attendu que la juridiction correctionnelle doit se conformer aux règles du droit civil relatives à la preuve testimoniale, lorsqu'elle est saisie de la connaissance d'un délit consistant dans la violation d'une convention dont il faut d'abord établir l'existence; qu'aux termes du droit civil, la preuve d'une convention ne peut être faite par témoins, lorsqu'il s'agit d'une valeur supérieure à 150 francs, à moins qu'il n'y eût un commencement de preuve par écrit ; que lorsque le délit allégué consiste dans l'abus d'un blanc-seing au-dessus duquel on aurait écrit une convention supérieure à 150 francs, la feuille, sur laquelle le prétendu blanc-seing a eu lieu, contient un acte complet, et qu'on ne peut séparer la convention qu'il renferme, de la feuille qui la constate, pour être admis à prouver par témoins la remise d'un blanc-seing sur cette feuille, et, par suite, l'abus qui en aurait été fait, à moins qu'il ne fût articulé que cette remise a été le résultat de la fraude ou de la violence; que, s'il en était autrement, il ne serait pas d'acte privé d'une valeur supérieure à 150 francs, qui ne pût être attaqué et détruit par la preuve testimoniale; qu'il faut donc que la remise du blanc-seing, dont la valeur est d'ailleurs indéterminée, soit prouvée, conformément à ces dispositions, pour que les tribunaux correctionnels puissent vérifier l'abus qui en aurait été fait... ». Depuis lors, la Cour de cassation a constamment jugé dans le même sens. Voy. notamment : Cass., 20 avril 1844 (S. 44. 1. 848); 15 décembre 1849 (D. 50. 5. 394) ; 21 juillet 1860 (D. 61. 1. 41); 14 novembre 1862 (D. 65. 5. 3); Lyon, 10 août 1881 (S. 82. 2. 125); Cass., 5 janvier 1883 (D. 83. 1. 368). CHAUVEAU et HÉLIE (*op. cit.*, t. V, nos 2265 à 2267) critiquent cette jurisprudence, qui est approuvée par BLANCHE (*op. cit.*, t. VI, no 210).

[18] Cass., 17 février 1853 (*B. cr.*, no 63); 14 novembre 1862 (*B. cr.*, no 247); 28 août 1874 (*B. cr.*, no 245); 5 janvier 1883 (*B. cr.*, no 4); 20 mai 1889 (S. 92. 1. 517).

[19] Cass., 22 avril 1866 (*B. cr.*, no 115).

prévenu, la preuve testimoniale, ne portant plus que sur l'abus, est toujours possible, parce qu'il s'agit d'établir l'existence non d'une convention, mais d'un délit[20] ; 4° Enfin, s'il y a un commencement de preuve par écrit de la remise du blanc-seing, ou un aveu non divisible, ou si l'exception prise du défaut de preuve écrite n'a pas été proposée devant les juges du fait, le prévenu n'est plus recevable à s'en prévaloir.

2311. L'abus de blanc-seing est puni par la loi de la même peine que l'escroquerie C'est donc un *abus de confiance aggravé* par le moyen même qui a été employé par l'agent pour le commettre.

§ CLI. — DE L'ABUS DE CONFIANCE SIMPLE.

(C. p., art. 408, § 1).

2312. Notion sur l'abus de confiance. Pourquoi ce délit a été spécialisé. — **2313.** Histoire de l'abus de confiance. — **2314.** L'abus de confiance doit réunir quatre éléments. — **2315.** Dissipation ou détournement de la chose d'autrui. A quel moment la dissipation ou le détournement sont-ils consommés? Distinction. — **2316.** Conséquence de la distinction. — **2317.** De l'exception de compte. — **2318.** Préjudice causé ou possible. — **2319.** Objet du détournement ou de la dissipation. — **2320.** Titre de la remise. — **2321.** Remise à titre de louage. — **2322.** De la violation du contrat de cheptel au point de vue criminel. — **2323.** Remise à titre de dépôt. — **2324.** Remise à titre de nantissement. — **2325.** Exemple. — **2326.** Remise à titre de prêt. — **2327.** Remise à titre de mandat. — **2328.** Division. — **2329.** Quelles personnes peuvent être qualifiées de mandataire. Associés. Copropriétaires indivis. Commissionnaires. Mandataires légaux. Tuteur. Remise en vertu du mandat ou à titre de mandat. Mandataires substitués. — **2330.** Dans quels cas il y a mandat. — **2331.** De l'abus de confiance en matière d'effets à ordre. — **2332.** Remise à titre de travail salarié ou non salarié. — **2333.** Observation générale et conclusion.

2312. Les diverses fraudes, que l'article 408 qualifie plus spécialement d'*abus de confiance*[1], consistent dans le détournement ou la dissipation frauduleuse de choses confiées dans un but déterminé, avec obligation de les employer ou de les rendre. A l'origine, la violation d'un dépôt ou de tout autre contrat fiduciaire était assimilée au vol : en effet, dans les deux cas, le pre-

[20] Cass., 11 octobre 1860 (D. 61. 1. 41).

§ CLI. [1] La qualification « abus de confiance » prend un sens technique et restreint dans l'article 408.

venu s'approprie, indûment et frauduleusement, la chose d'autrui, au mépris de la volonté du légitime propriétaire, détenteur ou possesseur. C'est là un caractère commun qui a fait longtemps confondre le vol et l'abus de confiance. Mais avec les progrès de la conscience juridique, on a fini par séparer ces deux formes de criminalité. 1° Ce qui caractérise, en effet, le vol, c'est la *soustraction*, c'est-à-dire la *dépossession :* la chose est *enlevée* par ruse ou par violence, et le voleur s'en empare, malgré le propriétaire ou à son insu. Mais si le premier venu peut commettre un vol, une personne quelconque ne peut pas commettre un abus de confiance. En effet, dans ce délit, la chose se trouve *ab initio* légitimement entre les mains de l'agent par un acte impliquant confiance en lui et obligation pour lui de restituer ; l'agent ne s'en est pas emparé par la ruse ou la violence ; et, s'il l'a, plus tard, détournée, c'est en cédant à l'occasion que lui a fournie sa victime. On ne peut donc lui reprocher ni la préméditation ou les combinaisons dolosives puisqu'il n'a point recherché le délit, ni l'audace dans l'exécution puisqu'il n'a fait que s'approprier des objets qui lui avaient été confiés. D'où il suit que l'abus de confiance diffère du vol, et par la *nature* des faits qui le constituent, et par le moindre *danger* pour la propriété qui en résulte, et par la *criminalité* bien inférieure de l'agent[2]. 2° Cette première différence en entraîne une seconde. La notion d'abus de confiance est incompatible avec l'une des deux formes de la criminalité, la tentative. Dans le vol, l'agent, pour s'approprier le bien d'autrui, doit déposséder sa victime : il peut être arrêté par une circonstance fortuite, il peut être surpris ou avoir peur et fuir. Dans l'abus de confiance, la chose est entre les mains de l'agent ; aucun obstacle matériel n'empêche celui-ci de se l'approprier. La volonté et l'exécution sont inséparables. Il ne saurait donc être question de tentative pour l'abus de confiance comme il en est question pour le vol. L'abus n'est constitué que lorsque le détournement est achevé.

2313. L'inculpation de l'abus de confiance est une création

[2] Sur la distinction entre l'abus de confiance et le vol : DESJARDINS, *Examen doctrinal* (*Rev. crit.*, 1884, p. 65) ; PLANIOL, *op. cit.*, p. 653.

du droit pénal moderne. La plupart des faits, aujourd'hui qualifiés de ce nom par l'article 408, ont été longtemps considérés comme ne troublant pas l'ordre public et ne donnant lieu qu'à une action en dommages-intérêts. Quelques-uns, les plus graves, se trouvaient compris dans la qualification générale de vol. Le droit romain, par exemple, réprimait, sous ce titre, le fait du créancier qui détournait la chose qui lui avait été remise en gage, du dépositaire qui se servait de l'objet mis en dépôt entre ses mains, de l'emprunteur qui dissipait les effets qui lui avaient été confiés à titre de prêt[3]. Ce n'est pas que la différence caractéristique entre l'abus de confiance et le vol ait échappé aux jurisconsultes romains : *Inficiando depositum*, disent-ils, *nemo facit furtum, nec enim furtum est ipsa inficiatio, licet prope furtum est*[4]. Mais il n'avaient pas cru devoir en tenir compte. L'ancienne jurisprudence suivit les mêmes errements, et, tout en reconnaissant que ces diverses fraudes étaient d'une nature spéciale, elle n'y vit qu'une espèce particulière de vol[5]. C'est la loi des 25 septembre-6 octobre 1791 qui leur donna, pour la première fois, une qualification particulière : « Quiconque sera convaincu, portait l'article 29 de la 2me section du titre 2, d'avoir détourné à son profit, ou dissipé des effets, marchandises, deniers, titres de propriété ou autres, emportant obligation ou décharge, et toutes autres propriétés mobilières qui lui avaient été confiées gratuitement, à la charge de les rendre ou de les représenter, sera puni de la peine de la dégradation civique. » L'article 12 de la loi du 25 brumaire an VIII substitua la peine de l'emprisonnement à celle de la dégradation civique.

Quand l'abus de confiance fit son apparition dans le droit pénal moderne, il ne portait pas encore de nom. En 1791, on ne pré-

[3] Inst. liv. 4, tit. 1, *De obl. quæ ex delicto nascuntur*, § 6.

[4] L. 67 *princ.* D. *de furtis*.

[5] Jousse, *op. cit.*, t. IV, p. 179 ; Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, p. 280, n° 6, disait : « Le vol ne se commet pas seulement par la *soustraction*, mais encore par l'abus que l'on fait de la chose d'autrui. La loi (le droit romain) nous en donne pour exemple : le dépositaire qui se servirait de la chose déposée entre ses mains, le créancier gagiste qui se servirait du gage à lui donné par le débiteur, etc. Mais les vols de cette espèce sont distingués des précédents quant à la peine. »

voyait et on ne punissait que la violation de dépôt. Le Code pénal de 1810 assimila au dépôt la remise d'objets en vue d'un travail salarié, à charge d'en faire un emploi déterminé, et créa, pour ce groupe encore peu nombreux de contrats, la dénomination d'abus de confiance. Diverses modifications furent apportées au texte primitif par les lois du 28 avril 1832 et du 13 mai 1863. La première de ces lois mit au nombre des contrats dont la violation peut être considérée comme un abus de confiance, le *louage*, le *mandat*, et le *travail non salarié*. Elle qualifia de crime et punit de la réclusion, l'abus de confiance commis, au préjudice de leurs maîtres, par les *domestiques*, les *hommes de service à gages*, les *élèves*, les *clercs*, les *commis*, les *ouvriers*, les *compagnons* ou *apprentis*. La seconde étendit également, dans un double sens, les dispositions de l'article 408. D'une part, elle inséra, parmi les contrats dont cet article punissait la violation, le *nantissement* et le *prêt à usage*. D'autre part, aux individus dont la qualité transformait le délit en crime, elle ajouta les *officiers publics ou ministériels*. Aujourd'hui, l'article 408 est ainsi conçu : « Quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié, ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées en l'article 406. — Si l'abus de confiance prévu et puni par le précédent paragraphe a été commis par un officier public ou ministériel ou par un domestique, un homme de service à gages, élève, clerc, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti, au préjudice de son maître, la peine sera celle de la réclusion ; le tout sans préjudice de ce qui est dit aux articles 254, 255 et 256, relativement aux soustractions et enlèvement de deniers, effets ou pièces, commis dans les dépôts publics. »

2314. Ainsi, détourner ou dissiper frauduleusement la chose d'autrui, voilà le caractère propre de ce délit. Un préjudice causé ou possible, telle est la seconde condition requise. Il faut

ensuite que les objets détournés ou dissipés soient des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge. Il est nécessaire enfin que ces objets aient été remis au prévenu à l'un des titres indiqués par l'article 408.

Si l'un de ces quatre éléments manque, il ne saurait y avoir abus de confiance; mais le délit est constitué dès qu'ils sont réunis[6].

2315. *Dissipation ou détournement frauduleux de la chose d'autrui.* — L'élément caractéristique d'un délit d'abus de confiance, c'est la *dissipation* ou le *détournement* frauduleux[7]. Mais on commet une confusion quand on cherche le délit dans la violation du contrat, alors qu'il n'est que dans la violation du droit de propriété. Les deux concepts sont faciles à confondre parce qu'ils se touchent : c'est en s'appropriant le bien d'autrui qu'il a déjà entre ses mains que l'agent se transforme de débiteur en voleur. Le même fait devient ainsi la violation du contrat aux yeux de la loi civile et l'atteinte frauduleuse à la propriété d'autrui aux yeux de la loi pénale. Si donc l'acte qu'on lui reproche est unique, il produit deux séries d'effets juridiquement indépendants les uns des autres. C'est ce qui explique que le détournement, comme délit, soit couvert par la prescription pénale, tandis que l'inexécution de l'obligation, comme fait civil, rentre dans les conditions de la prescription civile.

Dès que le locataire, le dépositaire, le mandataire, le créancier gagiste, l'emprunteur, l'ouvrier salarié ou non salarié a *disposé en maître* de la chose qui lui a été confiée, on peut dire, théoriquement, qu'il l'a dissipée ou détournée. En effet, *détourner* (*distrahere*), c'est distraire un objet de sa destination. *Dissiper*, c'est employer, dans des conditions semblables, à une fin autre que celle qui avait été convenue, une chose confiée dans un but déterminé. Le détournement ou la dissipation impliquent

[6] Comp. Domenget, *De l'abus de confiance et de ses éléments constitutifs* (*Rev. prat.*, 1872, t. XXXIV, p. 513 à 524).

[7] Je fais remarquer que cet élément est le dernier dans l'ordre chronologique, bien qu'il soit le plus essentiel et le plus caractéristique. C'est pour ce motif que je lui donne la première place.

donc l'idée d'un changement frauduleux de destination d'un objet. Mais à quel signe distinguer l'*appropriation frauduleuse*, qui consomme le délit, soit de l'*usage* même de la chose qui est la conséquence de l'un des contrats fiduciaires visés par l'article 408, soit de la *détérioration* qui est inséparable de l'usage même, comme dans le commodat et le louage, détérioration qui, lorsqu'elle est excessive, sans impliquer cependant un gain illégitime, donne seulement lieu à une action en dommages-intérêts ou à la restitution de choses équivalentes. Il y a des faits qui constituent simplement l'*inexécution du contrat*, qui sont, par conséquent, du domaine de la loi civile ; il y en a d'autres, qui en constituent l'*abus*, qui relèvent du droit pénal[8]. Évidemment ce n'est pas dans la *matérialité des faits* qu'il faut chercher le critère de la distinction, puisque toute dissipation, tout détournement n'est pas un abus de confiance : il est nécessaire que cette dissipation, que ce détournement soit *frauduleux*, c'est-à-dire, commis dans le dessein, tout à la fois, de nuire à la victime et de se procurer à soi-même ou de procurer à autrui un bénéfice illégitime[9]. La *fraude*, tel est donc le caractère essentiel qu'il faut rechercher dans les faits qu'on veut incriminer sous cette qualification d'abus de confiance[10]. L'intention frauduleuse se révélera certainement au moment où l'agent, mis en demeure de restituer, refusera la restitution ou l'aura rendue impossible par son fait : il ne s'agit pas, bien entendu, d'une mise en demeure par acte d'huissier ; je parle simplement de

[8] Ainsi, la simple dénégation d'être débiteur du prix d'une vente faite par acte public portant quittance, ne constitue pas un abus de confiance. Cass., 2 septembre 1813 (*B. cr.*, n° 799). Ne constitue pas davantage l'abus de confiance le fait d'avoir omis, même frauduleusement, d'inscrire, au dos d'un billet, la mention d'un à-compte reçu. Cass., 28 décembre 1844 (S. 45. 1. 347).

[9] Voy. Cass., 30 décembre 1887 (S. 89. 1. 343).

[10] Chauveau et Hélie, t. V, n° 2272 ; Delapalme, *op. cit.*, n° 16. La Cour de cassation, dans un arrêt du 30 août 1849 (S. 50. 1. 336), dit formellement que l'abus de confiance, comme le vol, se compose de deux éléments : le fait et l'intention frauduleuse, et qu'il appartient aux juges correctionnels d'apprécier la prévention sous ce double rapport.

réclamations constatées et demeurées infructueuses [11]. Mais le délit, qui apparaîtra alors, à raison de l'attitude même de l'agent, ne sera-t-il *consommé* que ce jour-là? ne l'aura-t-il pas été auparavant?

La dissipation ou le détournement résultent probablement de faits antérieurs, que le refus ou l'impossibilité de restituer viennent simplement mettre en lumière. La fraude précède nécessairement la mise en demeure. Est-ce à dire que le délit ait été consommé à la date de ces faits et antérieurement à la mise en demeure? Une distinction nous paraît s'imposer, suivant que le contrat, intervenu entre le prévenu et la victime, implique consignation d'un objet qui doit être remis en nature, ou porte sur des choses fongibles, particulièrement sur des deniers. S'il s'agit d'un louage de corps certain, d'un prêt à usage, d'un dépôt d'objets spécifiés, le délit est commis au moment où l'agent fait acte d'appropriation définitive, où il vend, où il donne, par exemple, les effets qui lui ont été confiés. Mais dans le second cas, la fraude ne peut régulièrement se constater par elle-même; elle ne peut résulter que du défaut de restitution; et ainsi, le délit n'existe qu'alors que la restitution est déniée ou est devenue impossible par l'insolvabilité, apparente ou réelle, du débiteur. S'il est donc vrai de poser, en thèse générale, que le refus de répondre à la mise en demeure de restituer devient un élément constitutif de l'abus de confiance et en précise la date, ce n'est vrai que sous une réserve : il doit être entendu, en effet, que si, en dehors de la mise en demeure de restituer, on peut établir, à la charge du prévenu, par des preuves directes et distinctes de son refus, l'existence d'un acte d'appropriation définitive des *effets spécifiés* qui lui ont été confiés, c'est à la date de cet acte que le délit est constitué, parce que c'est à la date de cet acte qu'il est consommé.

Cette distiction nous paraît concilier les deux systèmes, auxquels la question a donné naissance. Un premier dit, en effet, qu'il y a détournement frauduleux, dès l'instant où le prévenu

[11] Voy., CHAUVEAU et HÉLIE, *op. et loc. cit.*; Cass., 3 janvier 1863 (D. 65. 5. 5); Metz, 27 novembre 1856 (S. 58. 2. 43).

emploie, à son usage personnel, les objets qui lui ont été confiés. Une deuxième opinion soutient qu'il n'y a détournement frauduleux que si le prévenu se trouve dans l'impossibilité de rendre. Ces deux théories sont exactes à la condition de les appliquer distinctement et distributivement aux deux situations qui peuvent se présenter. En effet, l'abus de confiance est incriminé, tantôt comme une atteinte aux droits d'un *propriétaire*, tantôt comme une atteinte aux droits d'un *créancier*[12]. L'abus de confiance se conçoit, en effet, alors même que le mandataire ou le dépositaire infidèle serait devenu propriétaire des effets ou des deniers qui lui ont été remis par l'effet d'un versement analogue à celui du dépôt irrégulier. Et, dans ce cas, la dissipation ou le détournement de ces deniers ou de ces effets implique une atteinte aux droits d'un créancier. La victime de l'abus de confiance doit donc établir l'impossibilité pour son débiteur de rendre des effets ou des espèces, parce qu'il est indifférent à celui qui les a fournis, que ce soit ceux-là ou d'autres qui servent à la restitution. Mais lorsque le mandataire ou le dépositaire infidèle n'est pas devenu propriétaire, la seule chose à établir, c'est la dissipation ou le détournement frauduleux, l'acte d'appropriation du bien d'autrui, l'atteinte aux droits d'un propriétaire.

2316. Cette idée fondamentale mise en lumière, les conséquences suivantes en résultent. Elles préciseront en quoi consiste cet élément du délit.

1. La dissipation ou le détournement constitutif de l'abus de confiance réside dans le fait même de s'approprier frauduleusement la chose confiée, soit que l'agent la conserve pour lui-même, soit qu'il en fasse un emploi quelconque, autre que celui auquel elle était destinée, soit qu'il en profite lui-même, soit qu'il en fasse profiter autrui[13].

[12] Voy. sur ce point : PLANIOL, *op. cit.*, p. 654.

[13] Cour de Paris (1re Chambre jugeant correctionnellement, affaire du Panama), 9 février 1893 (*Gaz. des Trib.*, n° du 10 février) : « Considérant, tout d'abord, en droit, que l'article 408 du Code pénal n'exige point, parmi les éléments du délit d'abus de confiance, que les auteurs du fait de détournement, de dissipation ou de défaut d'emploi déterminé par la stipulation du contrat de louage, de mandat ou de dépôt, aient profité person-

tion n'est requise qu'autant que la consommation du délit à une époque antérieure n'a pu être établie. Et si la date de la consommation du détournement est certaine, le délit est constitué, et la prescription court, abstraction faite de toute mise en demeure[16].

IV. Dès que le délit est constitué, soit par la dissipation ou le détournement, soit par le refus ou l'impossibilité de restituer, l'abus de confiance est définitivement commis, sans qu'il y ait à rechercher si, au moment du détournement ou de la dissipation, l'inculpé était ou n'était pas solvable[17], si, antérieurement ou postérieurement aux poursuites, le prévenu aurait ou n'aurait pas restitué les choses qu'il avait détournées[18].

V. Le fait, de la part du prévenu, d'avoir appliqué à son profit personnel des choses qui lui avaient été confiées pour les garder et les rendre, est de nature à faire *présumer l'intention frauduleuse* et, par suite, est un élément suffisant de condamnation, toutes les fois que les circonstances ne prouvent pas contre la présomption qui en résulte. En effet, le délit existe,

[16] Cette distinction juridique rend compte de la divergence, plus apparente que réelle, des arrêts qui se sont prononcés sur la question. La grande majorité décide que la prescription de l'abus de confiance ne court que du jour où le refus ou l'impossibilité de rendre la chose qui a fait l'objet du détournement a été constaté par une mise en demeure : Cass., 4 novembre 1869 (S. 71. 1. 175, D. 70. 1. 383); 5 janvier 1883 (S. 85. 1. 405, D. 83. 1. 366); Paris, 15 mars 1851 (S. 51. 2. 210); Orléans, 19 janvier 1852 (S. 52. 2. 595); Metz, 25 novembre 1856 (P. 57. 784); Montpellier, 18 novembre 1872 (S. 73. 2. 45, D. 73. 2. 67). *Sic*, Blanche, t. VI, n° 27. Mais cette nécessité d'une mise en demeure n'est cependant requise par d'autres arrêts qu'autant que la consommation du délit à une époque antérieure n'est pas établie. Cass., 4 novembre 1869, précité; 28 août 1879 (S. 80. 1. 389); Nîmes, 19 décembre 1878 (D. 79. 2. 238). On trouvera une longue série d'arrêts sur la question dans le Code annoté d'instruct. crim. de Dalloz, sous les art. 637 et 638, n°s 119 à 140.

[17] L'existence du délit d'abus de confiance n'est évidemment pas subordonnée à l'insolvabilité du prévenu. Cass., 13 juin 1845 (D. 45. 1. 371); Nancy, 7 juin 1858 (S. 59. 2. 478).

[18] La restitution, alors que le délit est consommé, pourrait être seulement un motif pour modérer la peine. Jurisprudence constante : Cass., 16 octobre 1840 (S. 41. 365); 14 janvier 1859 (S. 59. 1. 352); 25 avril 1873 (D. 73. 1. 220).

lorsque le prévenu a disposé en maître de choses dont il n'avait pas le droit de disposer, c'est-à-dire quand le détournement matériel étant constaté, l'inculpé ne prouve pas qu'il l'a opéré sans intention frauduleuse, les circonstances dans lesquelles s'est produit ce détournement servant, d'ailleurs, soit à corroborer la présomption de mauvaise foi, soit à la faire disparaître. L'article 408, qui punit le fait d'avoir détourné ou dissipé, implique, par cela même, que le simple détournement ou la simple dissipation peuvent être considérés comme constitutifs du délit, parce qu'ils ne s'expliquent pas sans une intention frauduleuse (*dolum in se habent*). A ce point de vue, l'opposition de rédaction qui existe entre l'article 408 et l'article 379 est caractéristique. La soustraction de la chose d'autrui ne constitue un vol qu'autant qu'elle est expressément déclarée *frauduleuse*. Sans doute, la dissipation ou le détournement de choses confiées n'a le caractère d'abus de confiance qu'à cette condition; mais la loi n'a pas exigé que les juges déclarent *expressément* frauduleux les faits de détournement ou de dissipation qu'ils constatent à la charge d'un mandataire, d'un dépositaire, d'un locataire; ces faits impliquent la fraude, sans qu'il soit nécessaire de l'établir en la basant sur des agissements particuliers et distincts du détournement ou de la dissipation même[19].

[19] CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, nos 2272, 2274, 2277, enseignent que le mandataire, le dépositaire, etc., qui emploie à son usage personnel les choses à lui confiées, ne se rend pas pour cela coupable du délit d'abus de confiance, s'il n'y a pas eu fraude de sa part; et ils entendent ces mots dans ce sens que le détournement n'est pas, par lui-même, constitutif de la fraude, d'où il suit que l'accusation est tenue de prouver, et les juges de déclarer expressément que le mandataire, le dépositaire, etc., a agi de mauvaise foi. C'est, en effet, la conséquence à laquelle conduit leur système. Ils y apportent, toutefois, une restriction, c'est que l'insolvabilité du prévenu ou son refus de restituer devront faire présumer la fraude et donneront ouverture à l'action correctionnelle, qui sera suivie de la condamnation si l'inculpé ne justifie pas de sa bonne foi. Un arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 1857 (*B. cr.*, n° 39) paraît venir à l'appui de cette doctrine. L'article 1996 du Code civil, supposant l'hypothèse où le mandataire a employé à son profit les sommes qui lui avaient été confiées et celle où il s'est trouvé reliquataire de sommes pour lesquelles il a été mis en demeure, se borne à déclarer qu'il devra les intérêts desdites sommes du jour de

VI. La fraude résultant de la dissipation ou du détournement, les tribunaux ne sont pas tenus de la déclarer en termes formels. Il suffit qu'elle résulte des constatations de leur jugement. Mais la Cour de cassation a le droit de rechercher si, en déclarant l'absence de fraude, les tribunaux ne se sont pas mis en contradiction avec les faits mêmes qu'ils ont d'ailleurs souverainement constatés[20].

2317. Lorsque le contrat porte sur des deniers, il est possible que le prévenu, pour soutenir qu'il n'a pas commis de détournement, allègue qu'il y a *compte à faire* entre lui et le plaignant. Cette exception a pour résultat, si elle est établie, de faire disparaître le détournement ou, tout au moins, la *fraude* qui le caractérise[21]. Comme les tribunaux correctionnels sont juges de l'abus de confiance, ils sont, par cela même, juges du moyen de défense que l'inculpé peut présenter[22]. Il faudrait, pour que l'exception de compte pût être considérée comme préjudicielle au jugement de l'abus de confiance, un texte modifiant le principe général, d'après lequel le juge de l'action est

l'emploi ou de celui de la mise en demeure. Mais ce texte n'a pour objet que le règlement des intérêts privés ; il ne touche pas à la question d'interprétation de l'article 408, et, sur le terrain de cet article, il nous semble que la loi voit, dans le détournement ou la dissipation des objets confiés, l'élément constitutif du délit, parce que ce fait implique la fraude qu'elle veut punir, sauf au prévenu à démontrer qu'il a été de bonne foi, bien qu'il ait changé la destination de l'objet au mépris des droits du propriétaire. *Sic*, Cass., 3 juill. 1880 (S. 82. 1. 288); 15 décembre 1898 (D. 99. 1. 611). Voy., comme exemples de circonstances excluant la mauvaise foi : Cass., 17 décembre 1880 (S. 82. 1. 286); 23 mai 1850 (S. 51. 1. 76); 24 août 1859 (D. 61. 5. 544).

[20] Ces propositions résultent de nombreuses décisions de jurisprudence. Voy., par exemple : Cass., 19 juin 1845 (S. 45. 1. 597); 13 avril 1849 (S. 49. 1. 571); 8 juin 1849 (S. 59. 1. 571); 4 mars 1850 (S. 59. 1. 708); 3 juillet 1880 (S. 82. 1. 288); Voy. Blanche, t. VI, n° 218.

[21] Cass., 4 mars 1859 (S. 59. 1. 708).

[22] Voy. Blanche, t. VI, n° 223. Le juge de l'action étant le juge de l'exception dans tous les cas où la connaissance de celle-ci n'a pas été attribuée à un juge différent par une disposition expresse de la loi, la chambre des mises en accusation, saisie d'une poursuite pour abus de confiance qualifié, est compétente pour apprécier l'exception de compte invoquée par l'inculpé : Cass., 12 juin 1890 (S. 92. 1. 430).

ployer ou de la rendre, il ne pourrait être déclaré coupable, puisque le fait n'aurait été préjudiciable à personne, et que l'intention seule de détourner ou de dissiper ne constitue pas le délit.

2319. *Objet du détournement ou de la dissipation.* — La troisième condition de l'abus de confiance, c'est que le détournement porte sur des *effets*, *deniers*, *marchandises*, *billets*, *quittances* ou *tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge*. D'où il suit : 1° Que l'abus de confiance peut être commis à propos de deux catégories d'objets : les *meubles corporels*, c'est-à-dire les *deniers* et *marchandises*, et les *valeurs incorporelles*, représentées par des *titres* de toute espèce. 2° Sous la dénomination de *marchandises* sont nécessairement comprises les denrées et autres choses de nature à faire l'objet d'un commerce quelconque, telles que les blés que reçoit un meunier pour les moudre, les farines qui sont remises à un boulanger pour faire du pain, les soies qui sont remises à un moulinier pour les ouvrer, et généralement toutes les autres matières premières sur lesquelles s'exerce le travail de l'homme[26]. 3° Si le détournement porte sur un *écrit*, il faut, pour qu'il y ait abus de confiance, que cet écrit contienne *obligation* ou *décharge*.

L'abus de confiance est, en effet, comme l'escroquerie et le vol, un délit contre le patrimoine. Les termes employés par l'article 408 excluent donc, du cercle de la répression, tout détournement d'où résulterait un préjudice purement moral. Ainsi, celui qui, dépositaire d'une lettre, dont la production ne pourait causer qu'un préjudice moral, livrerait cette lettre à un tiers, la vendrait ou la donnerait, ne commettrait pas le délit d'abus de confiance[27]. D'où il faut conclure que la déclara-

[26] Voy. Blanche, t. VI, n° 232 ; Chauveau et Hélie, t. V, n° 2281. Espèce intéressante dans jug. tribunal corr. de la Seine du 18 mai 1893 (D. 95. 2. 296) et la note. Il s'agit du détournement commis par un employé d'un agence de renseignements des fiches sur lesquelles sont consignés ces renseignements. Le tribunal voit là une « marchandise » au sens de l'art. 408.

[27] *Sic*, Blanche, t. VI, n° 235 ; Chauveau et Hélie, t. V, n°s 2279 et 2281.

tion affirmative du jury sur un fait de détournement de lettres et dépêches, confiées à titre de mandat, n'entraîne l'application des peines de l'article 408 qu'à la condition de porter expressément que ces lettres et dépêches *contenaient obligation* ou *décharge*[28].

2320. *Titre de la remise.* — Le délit suppose enfin que les effets, marchandises ou valeurs dissipés ou détournés, ont été remis à l'*un des titres* limitativement énumérés dans l'article 408. Le *vol* exclut absolument l'idée d'une remise au coupable de la chose détournée; dans *l'escroquerie*, au contraire, cette remise, si elle n'est pas tout le délit, en est, au moins, un élément nécessaire; elle se retrouve, dans l'*abus de confiance*, comme préliminaire indispensable du détournement.

Mais, au point de vue de cet élément, les législations pénales modernes adoptent l'un ou l'autre des deux systèmes suivants : tantôt, elles se servent d'une formule générale, embrassant tous les cas dans lesquels le détournement s'applique à une chose appartenant à autrui et qui a été confiée ou remise en vertu d'un titre, quel qu'il soit, emportant l'obligation de la restituer ou d'en faire un emploi déterminé[29]; tantôt, elles précisent,

Voy. Cass., 21 mai 1896 (D. 1. 592). D'après cet arrêt, la rétention, par le fondé de pouvoir du directeur d'une compagnie de lettres personnelles à celui-ci, ne peut constituer le délit d'abus de confiance qu'autant qu'elle a eu pour mobile une intention frauduleuse, et pour but de priver définitivement le destinataire des lettres dont s'agit, et que, d'autre part, les lettres revenues contenaient ou opéraient soit obligation, soit décharge aux termes de l'art. 408 du Code pénal.

[28] Cass., 21 août 1840 (S. 40. 1. 703).

[29] C'est le système du Code pénal belge (art. 491); du Code pénal hongrois (§ 361); du Code pénal italien, dont l'article 417 est ainsi conçu : « Quiconque s'approprie, en le tournant à son profit ou au profit d'un tiers, une chose appartenant à autrui et qui lui a été remise, en vertu d'un titre, quel qu'il soit, emportant l'obligation de la restituer ou d'en faire un emploi déterminé, est puni, sur la plainte de la partie, de la réclusion qui peut être portée à deux ans, et d'une amende de plus de cent livres. » Dans le Code pénal allemand (§§ 246 et 247), l'abus de confiance rentre dans la catégorie générale des détournements qui consistent dans le fait de s'approprier indûment un objet mobilier appartenant à autrui et dont on avait la possession ou la garde. La circonstance que l'objet détourné a été confié au con-

par voie d'énumération, les titres qui ont ce caractère et limitent, par conséquent, le délit à la violation de certains contrats déterminés. C'est à ce dernier système que se rattache le Code pénal français. Le délit ne consiste pas simplement dans le fait de s'approprier frauduleusement un objet mobilier appartenant à autrui et dont on avait la possession ou la garde; il faut encore que la remise de cet objet ait été faite en exécution de l'un des contrats limitativement énumérés par l'article 408[30].

A cet égard, du reste, la loi française a suivi un progrès continu. Le Code pénal de 1791 ne prévoyait que la violation de dépôt. Le Code pénal de 1810 assimila au dépôt la remise d'objets en vue d'un travail salarié, à charge d'en faire un emploi déterminé. La loi du 28 avril 1832 ajouta trois cas nouveaux, ceux où les objets auraient été confiés, à titre de louage, pour l'exécution d'un mandat, pour l'exécution d'un travail non salarié. Enfin, la loi du 13 mai 1863 a adjoint aux cas précédents le détournement d'objets donnés en nantissement ou prêtés à usage. Il existe donc aujoud'hui sept cas ou titres de remise impliquant *confiance* et pouvant donner lieu à un *abus*.

Tant que l'énumération de l'article 408 n'a pas été complète, la jurisprudence a dû interpréter cette disposition par analogie des cas prévus à ceux qui ne l'étaient pas. Ainsi, avant 1863, on a souvent considéré comme *déposés* aux mains du créancier les objets qui lui avaient été remis en nantissement. Depuis lors,

pable, à titre de mandat ou de dépôt, est seulement une circonstance aggravante.

[30] On trouvera des exemples, dans les arrêts suivants, de faits ne constituant pas des abus de confiance : Cass., 2 septembre 1837 (S. 37. 1. 1017); 21 avril 1866 (S. 67. 1. 91); 21 janvier 1876 (S. 77. 1. 183; D. 76. 1. 409). Ainsi, l'article 408 est inapplicable : à la vente et à ses obligations; à la promesse de vente, Cass., 21 avril 1866, précité; à l'omission frauduleuse, de la part d'un créancier, d'inscrire, au dos de son titre, un à-compte payé par le débiteur, Cass., 28 décembre 1844 (S. 45. 1. 347); au fait de l'usufruitier qui vend les titres de rente dont il a donné la nue-propriété à un tiers : Cass., 21 janvier 1876 (D. 76. 1. 409); au fait de l'éditeur qui, dans le but d'augmenter frauduleusement ses bénéfices, accuse systématiquement des chiffres de tirage bien inférieurs à ceux du tirage réel : Trib. corr. Seine, 16 février 1892 (*Gaz. Pal.*, 92. 1. 289).

moins l'élément primordial de l'abus de confiance, alors même qu'il serait atteint d'une irrégularité quelconque. C'est ainsi, par exemple, qu'un mandat, donné à un incapable, pourrait, en cas d'abus commis par celui-ci, entraîner l'application des peines de l'abus de confiance[33]. Enfin, la jurisprudence n'a pas restreint la possibilité de l'abus de confiance à ceux qui sont détenteurs de la chose d'autrui en vertu d'un contrat. Pour tous les gérants du bien d'autrui désignés par la loi ou par justice, tuteurs, séquestres, administrateurs judiciaires, etc., la possession de la chose d'autrui n'a pas une origine contractuelle : ce n'est pas la victime du détournement qui leur a confié ses biens, et cependant ces possesseurs *ex lege* sont assimilés aux possesseurs *ex contractu*.

c) Dans tous les cas, si le titre primitif, qui a motivé la remise, a été *nové* par le créancier, si celui-ci a consenti à ne plus voir, dans son débiteur, un *mandataire*, un *dépositaire*, etc., cet élément de l'abus de confiance disparaît *rétroactivement* par le changement du caractère même de la remise des fonds ou valeurs qui ont été dissipés ou détournés. Du reste, cette solution n'est vraie que si la novation est antérieure à la poursuite ou à la menace de poursuites, c'est-à-dire si elle intervient avant que l'abus de confiance soit définitivement consommé. Dans le cas contraire, la novation ne saurait effacer le délit : elle serait équivalente à la restitution des choses volées opérée par le voleur, c'est-à-dire à la réparation tardive du préjudice causé par l'abus de confiance[34].

2321. *Remise à titre de louage.* — Le premier de ces contrats qui ne figure, du reste, dans l'énumération de l'article 408, que depuis la loi du 28 avril 1832, est le *louage*, soit de choses, soit d'ouvrage. Le *louage de choses* est le contrat, par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-

[33] *Sic*, Cass., 13 décembre 1890 (S. 92. 1. 431).

[34] Cette distinction suivant que la novation est antérieure ou postérieure à la poursuite ou aux menaces de poursuite est nettement indiquée dans les arrêts suivants : Cass., 12 mai 1864 (D. 65. 1. 198); 17 déc. 1880 (D. 81. 1. 187); 16 déc. 1893 (D. 94. 1. 574).

met, en effet, une confusion évidente quand on cherche le délit d'abus de confiance dans la violation du contrat, alors qu'il n'est que la violation du droit de propriété. Là où les deux abus se séparent, comme dans les cas que nous venons de citer, le domaine de la répression est distinct de celui de la réparation. Ce n'est pas le *débiteur* de mauvaise foi que punit la loi, c'est le détenteur de la chose d'autrui qui la dissipe ou la détourne, en un mot c'est celui que la langue populaire appelle un voleur.

2322. La seule question sérieuse, qui se pose à propos de ce titre de remise, est celle de savoir si le *preneur de bestiaux à cheptel*, qui les vend, à l'insu et sans la participation du bailleur, se rend coupable d'abus de confiance. On sait que le *bail à cheptel* est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles ou établies par la loi. Le Code civil distingue : le *cheptel simple*, dans lequel le preneur profite des laitages, du fumier et du travail des animaux, ainsi que la moitié du croît et de la laine ; le *cheptel à moitié*, dans lequel chacun des contractants fournit la moitié des animaux ; le *cheptel de fer*, par lequel le propriétaire d'une ferme ou d'une métairie donne à bail, avec cet héritage, les bestiaux attachés à son exploitation, sous la condition qu'à l'expiration du bail, le preneur laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il a reçus ; enfin, le contrat, *improprement appelé cheptel,* par lequel un propriétaire de vaches, en les livrant à un tiers qui se charge de les loger, de les nourrir et de les soigner, lui abandonne, pour prix de ses soins, le laitage et le

l'arrêt que l'une des conditions essentielles du délit d'abus de confiance est la remise effectuée dans les mains du prévenu de l'objet ultérieurement détourné, mais qu'il a considéré comme ayant eu pour effet, dans l'espèce, de suppléer à l'accomplissement matériel de cette condition une stipulation de bail en vertu de laquelle le preneur s'était obligé à faire consommer par ses bestiaux les pailles provenant des récoltes annuelles de la ferme ; Attendu qu'en attribuant à cette clause, par lui qualifiée de remise anticipée, le caractère de tradition..., cet arrêt a substitué une fiction à la réalité et incriminé, à tort, comme constituant un acte susceptible d'une répression pénale, un fait d'inexécution de bail... ».

fumier et se réserve tout le profit du croît[37]. Avant la loi de 1832, il avait été jugé, avec raison, que le preneur de bestiaux à cheptel, qui en disposait sans la participation du bailleur, ne commettait pas un abus de confiance: « Attendu, en effet, que des bestiaux donnés à cheptel ne peuvent, sous aucun rapport, être considérés comme confiés à titre de *dépôt*, ni remis pour faire un *travail salarié;* que le bail à cheptel est un contrat dont tous les effets sont réglés par le Code civil[38] ».

La Cour de cassation a modifié sa jurisprudence depuis la loi de 1832. Elle a tout d'abord reconnu que le fait, par le preneur de bestiaux à cheptel simple, d'en disposer, constituait un abus de confiance. « Attendu que l'article 408, punit le détournement, au préjudice du propriétaire, des objets et marchandises remis, non seulement à titre de dépôt, mais aussi *à titre de louage*, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un emploi déterminé; attendu que, par l'effet du *cheptel simple*, le bailleur n'est pas dessaisi de la propriété des animaux confiés aux soins du preneur, pour le produit en être partagé entre eux, que s'il est vrai que ce bail participe de la nature du contrat de société, l'association est bornée à ce qui concerne le croît et le produit des animaux, objet du cheptel, mais ne s'étend pas au fonds même de ce cheptel, à l'égard duquel le bail lui conserve, tout entier, son droit de propriété, modifié seulement par le contrat de louage qu'il a consenti, et pendant la durée de ce contrat; que, dès lors, si le preneur vend ou détourne frauduleusement à son profit au préjudice et à l'insu du bailleur, les animaux remis à sa charge, il détourne la chose d'autrui, et commet le délit d'abus de confiance prévu et puni par l'article 408 du Code pénal[39]. » Les mêmes motifs s'appliquent au *cheptel de fer*. Le fermier, qui vend les animaux attachés à l'exploitation sans le concours du propriétaire et qui se met dans l'impossibilité de les représenter, ceux-là ou d'au-

[37] Voy. sur la question : Paul Bayon, *De la violation du contrat de cheptel au point de vue criminel* (*Journ. des Parquets*, 1892, p. 67).

[38] Cass., 5 octobre 1820 (S. *coll. nouv.*, t. VI, 1. 315).

[39] Cass., 25 juillet 1838 (S. 38. 1. 246); 23 juillet 1846 S. 46. 1. 758; 30 juin 1880 (S. 81. 1. 42; D. 81. 1. 286).

tres, à l'expiration du bail, commet un abus de confiance, puisqu'il détourne des valeurs qui lui ont été confiées à titre de louage [40]. En ce qui concerne le contrat improprement appelé cheptel, la remise ayant eu lieu à titre de propriété, il ne peut y avoir, dans le fait de vendre les bestiaux ainsi livrés, ni abus de confiance ni vol. La difficulé se restreint ainsi au *cheptel à moitié*. Ce contrat, d'après l'article 1818 du Code civil, est « une *société* dans laquelle chacun des contractants fournit la moitié des bestiaux, qui demeurent communs pour le profit ou pour la perte [41] ». Or, la violation du contrat de société n'est pas réprimée par l'article 408. Il en résulte que le preneur, qui vend le cheptel sans la participation du propriétaire, ne commet pas un abus de confiance. Commettrait-il, au moins, une soustraction frauduleuse? Nous ne le pensons pas non plus, car le vol implique un déplacement de possession; or, le preneur n'enlève pas le cheptel au légitime possesseur, puisqu'il est lui-même investi de la possession. Il en résulte encore que, quelle que soit la forme du contrat, si le prévenu, sans détourner le fonds du cheptel, se

[40] *Sic*, Bourges, 17 décembre 1868 (D. 69. 2. 47); Dijon, 18 juin 1879 (D. 80. 2. 65); Trib. corr. Montbrison, 4 janv. 1886 (*Gaz. Pal.*, 86. 1. *supplément*, 74). *Contrà*, Caen, 28 août 1878 (D. 80. 2. 65). On a prétendu, il est vrai, que le cheptel de fer mettant les risques à la charge du preneur et l'obligeant seulement à laisser, à la fin du bail, des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il a reçus, la dissipation ou le détournement de ces bestiaux ne pouvait être considéré ni comme un vol ni comme un abus de confiance. Mais il faut remarquer que l'estimation du cheptel n'en transfère pas la propriété au fermier qui ne cesse pas d'être fermier au sens strict du mot, et que le droit, pour lui, de disposer, sauf remplacement, de chacun des animaux qui composent le cheptel, n'implique pas celui de disposer du cheptel considéré dans son ensemble. Voy. Boyer, *Rev. gén.*, t. V, p. 34; Bryon, *op. cit.*, p. 73. Il en serait de même au cas où le cheptel aurait été livré au colon partiaire : Limoges, 28 juillet 1888 (D. 90. 2. 91); 8 décembre 1893 (Sol. implic.) (D. 97. 1. 266). En sens contraire cependant : Chauveau et Hélie, t. V, nos 1892 et 2286. Mais voy. Blanche, t. VI, n° 241.

[41] Le *cheptel à moitié* est certainement un contrat de société et la loi lui en donne le nom (C. civ., art. 1818). La nature du *cheptel simple* est discutée. C'est cependant très certainement une société dans laquelle l'un fait un *apport en nature*, et l'autre un *apport* en industrie.

co[illegible] te d[illegible] détourner les produits, il ne sera passible d'aucune peine ; il n'y aura, de sa part, qu'une malversation de la compétence du juge civil. Pour les produits du cheptel, il y a société entre les parties, et le contrat de société ne figure pas parmi ceux qu'énumère l'article 408 du Code pénal[42].

On voit, par ces développements, qu'en l'état actuel des textes, la double question de savoir si le détournement du cheptel par le fermier constitue un acte délictueux et quelle en doit être la qualification donne lieu à des difficultés. Rien ne serait plus utile, au point de vue même des intérêts agricoles, que de couper court à toutes ces controverses, en punissant indistinctement, comme un abus de confiance, un acte incontestablement frauduleux, qui est accompli le plus souvent par des fermiers insolvables et qui cause aux propriétaires un dommage irréparable[43]. C'est une nouvelle raison pour nous de critiquer l'énumération limitative de l'article 408.

2323. *Remise à titre de dépôt.* — Le deuxième contrat dont la violation peut constiuer un abus de confiance est le *dépôt*. Le droit romain punissait ce fait comme vol, sans méconnaître, cependant, la différence essentielle qui le sépare de la soustraction frauduleuse ou plutôt qui exclut l'idée même de soustraction, c'est-à-dire la remise volontaire de la chose par le propriétaire ou le possesseur.

a) Le dépôt, d'après l'article 1915 du Code civil, est l'acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature. L'article 408 du Code pénal, n'a pas donné à ce mot une autre signification. C'est donc, en se référant à cette définition, qu'on résoudra la question de savoir si la chose dissipée ou détournée a été confiée à ce titre. De cette règle d'interprétation de l'article 408 du Code pénal, par l'article 1915 du Code civil, résultent plusieurs conséquences : 1° Il faut d'abord, pour qu'il y ait dépôt, qu'on ait reçu la chose d'autrui. Le fait d'une remise et d'une réception, préalable au détournement, sépare précisément l'abus de

[42] Voy. cependant : CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 2066.

[43] Voy. les observations faites à ce point de vue par M. PÉRET, *De la réforme du Code pénal*, p. 63.

confiance du vol. Mais l'article 1915 du Code civil, n'exige pas que la tradition de la chose d'autrui ait été manuelle. Il suffit que la chose se trouvant, dans le principe, aux mains du prévenu à un autre titre, lui ait été laissée, plus tard, à titre de dépôt. Ainsi, un marchand de vin, qui retire, des tonneaux qu'il a vendus, mais dont il reste en possession, une certaine quantité de vin qu'il remplace par de l'eau, ne commet par une soustraction frauduleuse, puisque la dépossession, la *contrectatio*, n'a pas lieu, mais un abus de confiance, puisqu'il reste, à partir de la vente, *dépositaire* de ces vins[43 bis]. C'est par cette observation qu'on résoudra la question de savoir s'il y a violation de dépôt, quand une chose, ayant été laissée au domicile de l'inculpé, est détournée par celui-ci. De deux choses l'une, en effet : ou la chose a été remise à la foi de celui chez qui elle est placée, et celui-ci en devient dépositaire; ou elle est enfermée dans un meuble dont il n'a pas la clef, et, s'il la détourne, il commet une soustraction frauduleuse[44]. La réception de la chose détournée n'en existerait pas moins comme élément du délit, dans le cas où la chose ne devait être retenue que pendant quelques instants par celui à qui elle a été confiée, pourvu que la convention intervenue ait le caractère d'un dépôt[45]. 2° Il faut, en second lieu, pour qu'il y ait dépôt, qu'on ait reçu la chose, à la charge non seulement de la garder, mais

[43 bis] Cass., 24 juin 1859 (S. 59. 1. 964).

[44] Cass., 19 avril 1838 (S. 39. 1. 127). Cet arrêt décide que le détournement d'objets contenus dans une malle, remise à titre de dépôt, constitue, de la part du dépositaire, lorsqu'il a été commis à l'aide d'effraction ou de fausses clefs, un vol et non un abus de confiance. *Contrà*, Paris, 4 janvier 1850 (D. 50. 2. 9). Ainsi encore, le fait, par un individus, d'avoir soustrait, dans une armoire dépendant de son appartement, des billets appartenant à un tiers qui seul avait la clef de cette armoire constitue un vol : Cass., 10 novembre 1855 (D. 63. 5. 300).

[45] N'aurait pas le caractère d'un abus de confiance le fait de refuser la restitution d'un objet confié pour le faire voir : la remise de l'objet ne pouvant être considérée comme un dépôt. *Sic*, Cass., 21 avril 1866 (S. 67. 1. 91). Mais dans le cas où le propriétaire, possesseur ou détenteur, se dessaisit réellement de l'objet qu'il donne à examiner, il peut y avoir, suivant les circonstances, dépôt ou prêt à usage. Voy. des exemples : Cass., 18 juin 1835 (S. 35. 1. 852); 8 novembre 1866 (S. 67. 1. 340; D. 67. 1. 359).

encore de la restituer en nature. Il en résulte que quand la restitution peut se faire autrement, il n'y a pas dépôt. Ainsi, dans une espèce où le délit avait été retenu à la charge de l'agent, bien qu'il fût reconnu, en fait, que les marchandises détournées avaient été remises au prévenu à titre de dépôt, mais à la charge de les rendre ou d'en restituer le prix, il a été décidé, « que, suivant l'article 1915 du Code civil, le dépôt est l'acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature; que l'arrêt attaqué, en disant qu'il y avait eu remise de marchandises, à la charge de les rendre ou d'en restituer le prix, implique, par cette dernière alternative, qu'une telle clause est exclusive du contrat de dépôt; que l'un des éléments essentiels du délit manque ainsi complètement, et qu'il y a eu, dès lors, fausse application de l'article 408[46]. »

b) Ce qui est puni par la loi pénale, ce n'est pas toute violation du dépôt, mais exclusivement la violation qui résulte d'une dissipation ou d'un détournement. Ainsi, le dépositaire viole le dépôt toutes les fois qu'il se sert de la chose qui lui a été confiée pour la garder et qu'il en use sans la permission du déposant; mais cet usage, le bris même du pli qui contient les valeurs déposées, le prêt de ces objets, ne constitue pas le délit, parce qu'il ne constitue pas le détournement. C'est la vente, la dissipation des objets déposés, le refus par le dépositaire de les rendre, la dénégation du dépôt qui forment, dans ce cas, l'élément essentiel de l'abus de confiance[47].

2324. *Remise à titre de nantissement.* — La loi du 28 avril 1832 avait étendu les dispositions de l'article 408 du Code pénal de 1810, à trois cas nouveaux, ceux où les effets détournés au-

[46] Cass., 22 juin 1860 (S. 60. 1. 917; D. 60. 1. 471). Comp. Cass., 15 avril 1859 (S. 60. 1. 182); 13 déc. 1860 (S. 60. 1. 917; D. 60. 1. 471). Voy. l'espèce intéressante sur laquelle s'est prononcée la Cour de cassation, dans un arrêt du 5 mars 1897 (D. 97. 1. 27).

[47] Voy. cependant : Blanche, t. VI, n° 237. — En matière de violation de dépôt, il a été décidé que l'exception de compte résultant de la compensation n'est pas admissible, la compensation ne pouvant être invoquée dans ce cas (Cass., 11 mars 1882, *B. cr.*, n° 71).

raient été remis à titre de *louage*, de *mandat* ou pour un *travail non salarié*. Or, l'individu qui détourne ou dissipe les objets qui lui ont été prêtés pour en faire un usage déterminé, et à la charge de les rendre après s'en être servi, est plus coupable, certainement, que celui qui dissipe ou détourne ces mêmes objets qu'il a reçus à titre de louage, puisque le commodat est un contrat gratuit et de pure confiance. Le créancier gagiste qui détourne l'objet qui lui est remis, bien qu'il n'ait pas reçu cet objet à titre gratuit, n'abuse pas moins de la confiance du propriétaire qu'un dépositaire infidèle; car le gage n'est, dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci. Entraînée par ces considérations, la Cour de cassation avait d'abord déclaré que la dissipation ou le détournement d'une chose donnée en nantissement ou confiée à titre de prêt devait être considéré comme une violation de dépôt[18]. Mais cette décision était des plus critiquables. Il est évident, en effet, que des différences essentielles séparent le *dépôt* du *commodat* et du *nantissement*, et qu'en matière de répression, il n'est pas permis d'assimiler des situations que le législateur a passées sous silence, à des situations qu'il a cru devoir punir. En pareille matière surtout, l'argument d'analogie doit être rigoureusement proscrit. Aussi, par des arrêts postérieurs, la Cour de cassation, revenant sur sa jurisprudence, avait décidé que le détournement d'une chose remise à titre de commodat ou donnée en gage ne rentrait point dans les termes de l'article 408. Ce revirement faisait donc apparaître une lacune qu'il importait de combler, en comprenant, parmi les contrats indiqués dans l'article 408, ceux de commodat et de gage. Il suffit de rappeler, en effet, que le droit romain, qui ne séparait pas l'abus de confiance du vol, punissait comme voleur celui qui aliénait sciemment la chose d'autrui dont il était possesseur ou détenteur. La loi du 13 mai 1863 a donc repris la tradition, en donnant au prêteur une garantie pénale contre les détournements de l'emprunteur, en même temps qu'à l'emprunteur contre

[18] Chauveau et Hélie, t. V, nos 2290 et 2301 ; Morin, *op. et loc. cit.*, n° 16 ; de Molenes, *Traité des fonctions du procureur du roi*, p. 77.

encore de la restituer en nature. Il en résulte que quand la restitution peut se faire autrement, il n'y a pas dépôt. Ainsi, dans une espèce où le délit avait été retenu à la charge de l'agent, bien qu'il fût reconnu, en fait, que les marchandises détournées avaient été remises au prévenu à titre de dépôt, mais à la charge de les rendre ou d'en restituer le prix, il a été décidé, « que, suivant l'article 1915 du Code civil, le dépôt est l'acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature; que l'arrêt attaqué, en disant qu'il y avait eu remise de marchandises, à la charge de les rendre ou d'en restituer le prix, implique, par cette dernière alternative, qu'une telle clause est exclusive du contrat de dépôt; que l'un des éléments essentiels du délit manque ainsi complètement, et qu'il y a eu, dès lors, fausse application de l'article 408[46]. »

b) Ce qui est puni par la loi pénale, ce n'est pas toute violation du dépôt, mais exclusivement la violation qui résulte d'une dissipation ou d'un détournement. Ainsi, le dépositaire viole le dépôt toutes les fois qu'il se sert de la chose qui lui a été confiée pour la garder et qu'il en use sans la permission du déposant; mais cet usage, le bris même du pli qui contient les valeurs déposées, le prêt de ces objets, ne constitue pas le délit, parce qu'il ne constitue pas le détournement. C'est la vente, la dissipation des objets déposés, le refus par le dépositaire de les rendre, la dénégation du dépôt qui forment, dans ce cas, l'élément essentiel de l'abus de confiance[47].

2324. *Remise à titre de nantissement.* — La loi du 28 [illegible] 1832 avait étendu les dispositions de l'article 408 du Code [illegible] de 1810, à trois cas nouveaux, ceux où les effets dé[illegible]

[46] C[illegible], 22 juin 1860 (S. 60. 1. 917; D. 60. 1. 471). [illegible] 1859 (S. 60. 1. 182); 13 déc. 1860 (S. 60. 1. 917; D. [illegible] [illegible] sur laquelle s'est prononcée [illegible] [illegible] mars 1897 (D. 97. 1. 27).

[47] [illegible] : BLANCHE, t. VI, r[illegible] [illegible] décide que l'exception [illegible] la compensa[illegible] [illegible] 11 mars 1882. *B. cr.*, n°

les détournements du créancier gagiste (C. p., art. 400 et

2325. Le *nantissement* est le contrat par lequel un deb remet une chose à son créancier pour sûreté de sa dett civ., art. 2071). Le nantissement d'une chose mobilière pelle *gage;* celui d'une chose immobilière s'appelle *antich* C'est du gage proprement dit qu'il est question dans l'a 408 du Code pénal, puisque, aux termes de cet article, le tissement, dont la dissipation ou le détournement devien délit, est celui qui a pour objet des effets, marchandise autres valeurs mobilières. La jurisprudence a notamment a qué l'article 408 à la dissipation, par le patron, de denier lui ont été remis par un de ses employés pour garantie c gestion[49]. Mais le versement, par un maître, entre les n

[49] Un directeur de théâtre exigeait des ouvreuses de loges, pou nommées, une somme de 130 francs comme garantie de leur gesti était convenu, entre les parties, que le directeur ne pouvait se servir fonds, et qu'il devait les restituer huit jours après la cessation de la tion. Ce directeur retint et dissipa plusieurs des sommes qui lui avaie remises par les ouvreuses de loges. Il fut condamné aux peines de l'a 408 pour violation de dépôt. Sur son pourvoi, la Cour de cassation rec qu'il ne pouvait être question de ce contrat, mais elle rechercha remise de fonds faite au demandeur, n'étant pas un dépôt, elle ne pas un des autres contrats caractéristiques du délit prévu par l'article Code pénal ». La Cour jugea que la remise avait eu lieu à titre de *n sement* : « Attendu qu'on ne saurait confondre, comme prétend le demandeur, le nantissement avec le cautionnement : que ces deux c différent entre eux, en ce que le gage fait porter la sûreté sur la c tandis que le cautionnement la place dans la foi du fidéjusseur ; que s' vrai que les lois de finances désignent sous le nom de *cautionnem* l'égard des fonctionnaires ou officiers publics ou ministériels, les con tions de la nature de celle intervenue entre les parties, il n'en résulte moins que ces conventions renferment un nantissement ; qu'on objec vain que la dette des ouvreuses n'était pas actuelle, mais éventuelle : q pouvait ne jamais exister, et que l'éventualité de la dette est le cara essentiel, qui distingue du nantissement le cautionnement, dont il s ici procès ; que l'article 2071 du Code civil n'admet pas, en effet, de dis entre les différentes espèces de dettes ; qu'il importe peu que la soit pure et simple, conditionnelle ou à terme ; que l'expression dette, employée dans cet article, est générale ; qu'elle les embrasse toutes, et prend l'obligation de faire aussi bien que celle de donner ; que la dette ouvreuses consistait en une obligation de faire, qui devait, en cas d'in

d'un domestique dont il loue les services, d'une certaine somme d'argent à titre d'arrhes, ne peut être assimilé à un nantissement ; par suite, le valet de ferme qui dispose, à son profit, des arrhes qu'il a successivement reçues de plusieurs maîtres, sans tenir ni exécuter les engagements qu'il a contractés, ne commet pas le délit d'abus de confiance[50]. C'est une de ces mille fraudes qui passent au travers des mailles du Code pénal.

2326. *Remise à titre de prêt à usage.* — Le prêt est de deux sortes : celui des choses dont on peut user sans les détruire, ou *commodat;* celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait, ou *prêt de consommation* (C. civ., art. 1874). L'article 408 n'a en vue que le premier de ces contrats. Le second, en effet, rend l'emprunteur propriétaire. Dès avant 1863, la jurisprudence avait essayé, dans bon nombre de cas, de soumettre, à l'application de l'article 408, la violation du prêt à usage[51]. Mais ce n'était là qu'un expédient que le législateur est venu légaliser. La distinction, entre le prêt à usage et le prêt de consommation, dépend non de la nature des choses prêtées mais de l'intention des contractants. D'une part, les choses qui se consomment par le premier usage peuvent, dans l'intention des

cution, se résoudre en dommages-intérêts, dont la chose donnée en nantissement faisait la sûreté ; qu'on ne comprendrait pas que l'article 408, Code pénal, protégeât le nantissement, quand la dette est actuelle, et n'en punit pas la violation, quand la dette serait éventuelle. » Cass., 29 novembre 1866 (*B. cr.*, n° 248), Conf. 28 septembre 1867 (S. 68.1.139 ; D. 68.1.42); 14 mai 1875 (S. 75.1.383); 15 mars 1878 (S. 79.1.95). Il n'y aurait même pas à se préoccuper, d'après un arrêt de la Cour d'Amiens du 24 juin 1875 (S. 75. 383), de ce qu'il aurait été stipulé que la somme versée serait productive d'intérêts, et que l'employé devrait prévenir son patron trois mois à l'avance à l'effet d'en obtenir le remboursemeet : ce serait là des stipulations accessoires qui ne modifieraient en rien le caractère du contrat. Mais il résulte implicitement de cette jurisprudence que le détournement du cautionnement qui serait fourni par un tiers cesserait d'avoir pour objet une chose remise en nantissement, et échapperait par suite à l'application de l'article 408.

[50] Metz, 16 mars 1864 (D. 64. 2. 99).

[51] Voy., par exemple : Cass., 22 juin 1839 (S. 39. 1. 629). Cet arrêt décide que le détournement, par un domestique, et la vente, à son profit, d'un cheval que son maître lui avait confié pour en faire usage dans son intérêt personnel, mais à la charge de le rendre, constitue un abus de confiance.

les juges ne doivent pas se laisser impressionner par la qualification que les parties ont donnée au contrat. A refus de payer une somme d'argent, que le titre énonc été reçue *à titre de dépôt* en pièces d'une certaine valeu l'obligation de la rendre en mêmes espèces, dans le terme d ne constitue pas un abus de confiance, cette convention ni un dépôt, ni un prêt à usage, mais un prêt d'argent (*mu*

2327. *Remise à titre de mandat.* — Le cinquième détournement, prévu par l'article 408, est celui qui est c dans l'exécution d'un *mandat*. Le Code pénal de 1810 r nonçait aucune peine contre le mandataire infidèle, mais il avait ajouté aux mots : *à titre de dépôt*, qui se trou dans la loi de 1791, ceux-ci : *ou pour un travail sala* jurisprudence fit rentrer, dans ces dernières expressions, dataire rétribué ; les fraudes commises par le mandataire devant rester impunies. La loi du 28 avril 1832 combl lacune et mit le mandat au nombre des contrats dont la vi frauduleuse devenait punissable. Elle ne distingua plus le mandat *gratuit* et le mandat *salarié :* dans l'un et dans cas, le delit prit le même caractère et la peine fut ident

Le mandat est l'acte par lequel une personne donne autre le pouvoir de fairequelque chose pour elle et en so (C. civ., art. 1984). C'est le titre qui, à raison de son ét fournit les plus nombreux cas d'abus de confiance aux trib

difficultés dans l'appréciation du caractère des faits constitutifs du délit.

2328. Sa portée juridique doit être précisée, soit au point de vue des *personnes* qui agissent pour le compte d'autrui, soit au point de vue des *choses* remises à titre de mandat.

2329. Les principales difficultés que l'on rencontre pour déterminer les personnes qui doivent être qualifiées de mandataires dans le sens de l'article 408, se rapportent notamment, soit au mandat exercé par un associé ou dans un intérêt commun au mandant et au mandataire, soit aux mandataires légaux et judiciaires, ainsi qu'à certaines catégories de personnes assimilées à des mandataires.

I. Dans les sociétés civiles ou commerciales, l'associé est-il un mandataire, atteint par l'article 408, lorsqu'il exerce le pouvoir d'administration que lui confère, soit le contrat de société lui-même, soit un acte postérieur à ce contrat, soit la loi, à défaut de stipulations particulières? Trois opinions se sont produites sur cette question. La première voit une incompatibilité absolue entre la situation d'associé et celle de mandataire. En exerçant les pouvoirs qu'il tient, soit des statuts de la société, soit de la disposition générale de l'article 1859 du Code civil, où il est dit qu'en l'absence de conventions spéciales sur le mode d'administration de la société, les associés sont réputés s'être donnés réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre, l'associé, dit-on, n'agit pas en qualité de mandataire, mais, à la fois, au nom d'un être moral qui s'incarne en sa personne, et dans son propre intérêt. Si donc, il est comptable envers ses coassociés, c'est en la qualité d'associé dont il est personnellement investi et non en la qualité de mandataire. Par suite, lorsqu'il dissipe ou détourne des valeurs appartenant à la société pour les appliquer à ses besoins personnels, cet abus de ses fonctions, tout répréhensible qu'il soit, ne rentre pas dans les prévisions de l'article 408, puisque ce n'est pas à titre de mandat que les fonds ou valeurs lui avaient été remis [34]. Une

[34] On trouvera le développement de ce système dans un arrêt de la Cour de cassation du 15 janvier 1842 (S. 42. 1. 362).

les juges ne doivent pas se laisser impressionner par la qualification que les parties ont donnée au contrat. L refus de payer une somme d'argent, que le titre énonc été reçue *à titre de dépôt* en pièces d'une certaine valeu l'obligation de la rendre en mêmes espèces, dans le terme ne constitue pas un abus de confiance, cette convention ni un dépôt, ni un prêt à usage, mais un prêt d'argent (*ma*

2327. *Remise à titre de mandat.* — Le cinquième détournement, prévu par l'article 408, est celui qui est dans l'exécution d'un *mandat*. Le Code pénal de 1810 nonçait aucune peine contre le mandataire infidèle, mais il avait ajouté aux mots : *à titre de dépôt*, qui se tro dans la loi de 1791, ceux-ci : *ou pour un travail sal* jurisprudence fit rentrer, dans ces dernières expressions, dataire rétribué ; les fraudes commises par le mandataire devant rester impunies. La loi du 28 avril 1832 comb lacune et mit le mandat au nombre des contrats dont la v frauduleuse devenait punissable. Elle ne distingua plu le mandat *gratuit* et le mandat *salarié* : dans l'un et dans cas, le délit prit le même caractère et la peine fut iden

Le mandat est l'acte par lequel une personne donne autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle et en s (C. civ., art. 1984). C'est le titre qui, à raison de son é fournit les plus nombr [illegible] l'abus de confiance aux tri

difficultés dans l'appréciation du caractère des faits constitutifs du délit.

2328. Sa portée juridique doit être précisée, soit au point de vue des *personnes* qui agissent pour le compte d'autrui, soit au point de vue des *choses* remises à titre de mandat.

2329. Les principales difficultés que l'on rencontre pour déterminer les personnes qui doivent être qualifiées de mandataires dans le sens de l'article 408, se rapportent notamment, soit au mandat exercé par un associé ou dans un intérêt commun au mandant et au mandataire, soit aux mandataires légaux et judiciaires, ainsi qu'à certaines catégories de personnes assimilées à des mandataires.

I. Dans les sociétés civiles ou commerciales, l'associé est-il un mandataire, atteint par l'article 408, lorsqu'il exerce le pouvoir d'administration que lui confère, soit le contrat de société lui-même, soit un acte postérieur à ce contrat, soit la loi, à défaut de stipulations particulières? Trois opinions se sont produites sur cette question. La première voit une incompatibilité absolue entre la situation d'associé et celle de mandataire. En exerçant les pouvoirs qu'il tient, soit des statuts de la société, soit de la disposition générale de l'article 1859 du Code civil, où il est dit qu'en l'absence de conventions spéciales sur le mode d'administration de la société, les associés sont réputés s'être donnés réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre, l'associé, dit-on, n'agit pas en qualité de mandataire, mais, à la fois, au nom d'un être moral qui s'incarne en sa personne, et dans son propre intérêt. Si donc, il est comptable envers ses coassociés, c'est en la qualité d'associé dont il est personnellement investi et non en la qualité de mandataire. Par suite, lorsqu'il dissipe ou détourne des valeurs appartenant à la société pour les appliquer à ses besoins personnels, cet abus de ses fonctions, tout répréhensible qu'il soit, ne rentre pas dans les prévisions de l'article 408, puisque ce n'est pas à titre de mandat que les fonds ou valeurs lui avaient été remis [84]. Une

[84] On trouvera le développement de ce système dans un arrêt de la Cour de cassation du 15 janvier 1842 (S. 42. 1. 362).

moins, par rapport aux associés. Celui des associés q
est donc bien un *mandataire* qui administre la chose con
il doit se renfermer dans les limites de son mandat, et en
compte, sous la sanction pénale de l'article 408. Ce moti
minant ne permet pas de s'arrêter à l'opinion intermed
peu logique qui distingue entre le cas où l'associé a ir
en vertu des statuts sociaux et le cas où l'associé puise s
voirs dans l'article 1859 du Code civil. Dans les deux
effet, l'associé est bien un *gérant*, c'est-à-dire un mand
qu'il tienne ses pouvoirs des statuts ou de la loi, il *adm*
une chose sur laquelle ses coassociés ont des droits ; s
applique à son usage personnel des valeurs sociales,
détourne ou les dissipe frauduleusement, il commet
abus de confiance, caractérisé par sa situation de manda

[illegible]

Cette solution est, à mon sens, générale et absolue, comme le principe même dont elle s'inspire. *a*) Elle s'applique d'abord à toutes les *sociétés commerciales*. Pour les *sociétés anonymes*, il ne peut même pas y avoir de question : les administrateurs ne gèrent, en effet, qu'en vertu d'un mandat exprès qui leur est donné par l'assemblée générale des actionnaires. Dans les *sociétés en commandite*, les associés responsables et solidaires sont, dans le sens légal, de véritables mandataires de leurs coassociés pour l'administration et la gestion de leurs affaires et, en conséquence, ils sont, à ce titre, soumis, sous la sanction pénale de l'article 408, à l'obligation de se renfermer dans les limites de leurs attributions[56]. Les *sociétés en nom collectif* ne sont pas régies par d'autres règles. Chacun des associés a la signature sociale, c'est-à-dire représente la société, agit en son nom et comme son mandataire : les droits qui lui appartiennent ont pour limite les droits d'autrui, et lorsqu'il détourne les valeurs sociales, lorsqu'il les applique frauduleusement à son profit, il commet un abus de mandat. Dans une *association en participation*, bien que la société soit toute interne, qu'elle n'existe que dans les rapports des associés entre eux, que celui des associés qui est chargé de la gestion ou tous, si tous agissent, le fassent en leur nom propre, *ut singuli*, comme s'il n'y avait pas de lien social, il est bien certain qu'entre associés tout au moins, existe un mandat unilatéral ou réciproque dans les termes duquel chacun d'eux doit se mouvoir, sous la sanction pénale de l'article 408[57]. *b*) Cette solution s'applique également et, à plus forte raison, sous le régime des *sociétés civiles*. Ici, en effet, il faut, avec les articles 1856 et suivants du Code civil, faire une distinction entre le cas où un ou plusieurs administra-

ception d'un seul (Bédarride, *Société*, t. I, n° 210), approuvent cette évolution. Voy. notamment, Delangle, *Soc. comm.*, t. I, n°s 320 et suiv.; Bravard et Demangeat, *Droit. comm.*, t. I, p. 232; Bazot, *Abus de confiance en matière de société* (*Rev. prat.*, t. XVIII, 1864, p. 170); Blanche, t. VI, n° 252.

[56] Voy. les arrêts précités. *Adde*, Cass., 28 juin 1862 (S. 62.1.625), arrêt rendu dans la célèbre affaire Mirès.

[57] *Sic*, Cass., 6 juillet 1849 (S. 49.1.668); 12 janvier 1866 (S. 66.1.83).

teurs ont été nommés pour gérer les affaires sociales, et celui où aucun administrateur n'a été nommé. Dans la première hypothèse, le caractère de ces administrateurs ressort en quelque sorte de lui-même : les administrateurs sont des *mandataires*; ils relèvent donc, dans leurs rapports avec les autres associés, des règles générales du mandat. Dans le cas où aucun administrateur n'a été nommé, chaque associé est constitué, par le fait même, administrateur; mais, bien que copropriétaire du fonds social, il ne peut faire aucun acte de disposition sur les choses dépendant de l'actif de la société (C. civ., art. 1860); il est, en effet, simplement *mandataire* à l'effet d'administrer.

II. La copropriété et l'indivision ne sont, pas plus que la société, exclusives d'un mandat donné par l'un des copropriétaires à l'autre. Des détournements frauduleux, par abus de mandat, sont donc possibles dans les rapports de copropriétaires ou de cohéritiers[58]. Le mandat peut être donné, en effet, soit dans l'intérêt exclusif du mandant, soit, tout à la fois, dans son intérêt et dans celui d'un tiers, ou du mandataire. Cette dernière circonstance, qui fait souvent désigner le mandataire sous le nom de *procurator in rem suam*, n'est pas incompatible avec l'application de l'article 408.

III. Le commissionnaire, qui agit en son nom, c'est-à-dire s'oblige envers les tiers, est un mandataire dans ses rapports avec le commettant. En conséquence, il y a abus de confiance de la part du commissionnaire qui détourne, au préjudice de son commettant, des marchandises ou des deniers à lui confiés en sa qualité, pour en faire un emploi déterminé[59].

[58] Voy. notamment : Cass., 20 février 1847 (S. 47. 1. 367); 1er décembre 1848 (*B. cr.*, n° 248). La Cour belge de Liège a appliqué cette idée au fait d'un domestique qui s'approprie en entier un pourboire qui lui a été remis pour être partagé avec un autre domestique : Liège, 4 avril 1860 (D. 63. 5. 7). La Cour de Rouen a vu un abus de confiance dans le fait, par un cocher de voiture de place, de ne pas tenir compte, à la compagnie qui l'emploie, d'une somme quelconque par lui perçue d'un voyageur, pour prix d'une course : Rouen, 7 juin 1878 (S. 78. 2. 242; D. 79. 2. 39). Il y a, à ce point de vue, parallélisme entre le vol et l'abus de confiance.

[59] Jurisprudence constante : Cass., 28 mai 1853 (*B. cr.*, n° 193); 17 novembre 1866 (S. 68. 1. 280); 18 novembre 1882 (S. 84. 1. 299).

. L'article 408 ne fait aucune distinction entre le manda-
e légal et le mandataire conventionnel ; il s'applique donc à
comme à l'autre. Sans doute, le texte de l'article 408 sem-
restreindre la possibilité de l'abus de confiance à ceux qui
possesseurs de la chose d'autrui en vertu d'un contrat. Or,
tous les gérants du bien d'autrui désignés par la loi ou
la justice, tels que les tuteurs, administrateurs, etc., la pos-
ion de la chose d'autrui n'a pas une origine contractuelle.
la loi, en parlant de remise à titre de mandat, n'a certai-
ent pas entendu limiter au contrat de ce nom le titre de la
ise, et il suffit qu'elle ne se soit pas plus nettement expliquée
r qu'il soit possible d'assimiler ces possesseurs *ex lege* à des
esseurs *ex contractu*. En conséquence, le tuteur qui a dis-
ou détourné des valeurs appartenant à son pupille, à lui con-
pour qu'il les gérât de bonne foi, à la charge de les rendre à
de la tutelle, se rend coupable d'abus de confiance. D'une
, l'article 408 punit « *quiconque* aura détourné ou dissipé..,
effets, deniers...., qui ne lui avaient été remis qu'*à titre de*
dat. » D'autre part, le tuteur administre les biens du mi-
à titre de mandat, puisqu'il est responsable du préjudice
ces actes peuvent causer à celui-ci, et tenu, non seulement
ire un emploi utile de l'excédent des revenus sur la dépense,
de rendre compte, à la fin de sa gestion, de tous les fonds
il a eu le maniement pendant la durée de celle-ci[60].

Cass., 10 août 1850 (S. 50. 1. 695. D. 50. 1. 250) ; 3 février 1870 (S. 72.
). Ce dernier arrêt décide qu'il n'y a même pas lieu d'attendre la fin
tutelle pour exercer les poursuites, alors notamment que le tuteur
été chargé d'opérer, dans une forme prescrite, le placement des fonds
ineur, un compte lui a été demandé par délibération du conseil de
le, laquelle constitue une véritable mise en demeure. Il faut en dire
t du fait, par un tuteur, même légal, de détourner des valeurs d'une
ssion échue à son pupille : Cass., 28 avril 1866 (S. 67. 1. 46). *Sic*,
HE, t. IV, n° 254 ; CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 2299 ; DEMOLOMBE,
tuteur qui dissipe les fonds pupillaires est passible des peines portées
rticles 406 et 408, *C. p.* (*Rev crit.*, t. I, 1851, p. 134). M. PLANIOL,
l'article précité de la *Rev. crit.*, 1893, p. 660 en note, se demande
« s'il est logique, s'il est juste, au point de vue législatif, de faire
er dans le droit commun les abus de confiance commis par les tuteurs
tres administrateurs légaux ou judiciaires du bien d'autrui. Pourquoi

V. On a prétendu faire une distinction, au point de vue de l'application de l'article 408, entre le détournement des valeurs reçues *en vertu du mandat* et celui des valeurs reçues *à titre de mandat*. Mais cette distinction, que rien ne justifiait, a été rejetée par la Cour de cassation : « Attendu, dit cette Cour, que ce que la loi a voulu punir, c'est l'abus de confiance dont le mandataire se serait rendu coupable envers son commettant; qu'il importe peu que les sommes reçues lui aient été remises par le mandant lui-même, ou par ses débiteurs; que c'est toujours en exécution, par suite et conséquemment à titre de mandat qu'il les a reçues[61]. » Par conséquent, la seule question à examiner, c'est de savoir s'il y a mandat : l'article 408 est applicable, soit que la chose détournée ait été confiée par le mandant au mandataire, soit qu'elle ait été remise à celui-ci par un tiers.

VI. Il faut, bien entendu, étendre, soit au mandataire substitué, soit aux héritiers du mandataire, ce que la loi dit de ce dernier. Il a été jugé, par exemple, que les héritiers du mandataire qui, ayant continué l'exercice du mandat qu'ils ont mené à fin, ont frauduleusement caché la mort de leur auteur et leurs actes personnels au mandat, afin de s'approprier les sommes reçues en vertu du mandant, sont passibles des peines pro-

la loi considère-t-elle l'abus de confiance comme un délit de moindre gravité que le vol? C'est que la victime a peut-être agi à la légère ; elle a mal choisi son homme de confiance; elle n'a pas pris assez de précautions ». Mais ceci ne s'applique pas aux administrateurs qui n'ont pas été choisis par la victime elle-même. Pour eux, au lieu d'une atténuation de peine, il devrait y avoir une circonstance aggravante : ils manquent à une mission que la loi ou la justice leur ont confiée, et dont le bon accomplissement importe à la société entière. « L'abus de confiance commis par eux mériterait de devenir à raison de leur qualité, un abus de confiance qualifié, comme celui des domestiques ou des officiers publics ou ministériels ».

[61] Cass., 7 septembre 1844 (S. 45. 1. 238). *Sic*, Blanche, t. VI, n° 249. A ce point de vue, il faut observer que le tuteur qui confie à un tiers les fonds de son pupille pour les gérer et les administrer constitue le tiers mandataire du pupille. Si donc le tiers détourne les sommes à lui confiées, il commet le délit d'abus de confiance au préjudice du mineur. Cass., 21 novembre 1879 (S. 80. 1. 486).

noncées par l'article 408 du Code pénal, contre le délit d'abus de confiance[62].

2330. La forme la plus ordinaire et la plus simple de l'abus de mandat, c'est le cas de l'individu, qui touche une somme d'argent dont il n'est pas propriétaire, mais qui a titre et qualité pour la réclamer au nom de celui auquel elle appartient, et qui refuse ensuite de la remettre à la personne à laquelle elle doit profiter[63]. Mais le détournement peut se présenter sous des formes plus dissimulées. Il n'est pas nécessaire, par exemple, qu'il y ait distraction de l'objet même du mandat au sens précis du mot. C'est ainsi que le mandataire qui, ayant reçu des marchandises pour les vendre et en remettre le prix au mandant, s'approprie le prix de la vente, se rend coupable d'abus de confiance[64]. Le fait même que la propriété de la chose réside sur la tête du mandataire, ne met pas non plus obstacle à l'existence de l'abus de confiance. Ainsi, l'abus de confiance se conçoit alors même que le mandataire infidèle serait devenu propriétaire des deniers qui lui ont été remis par l'effet d'un versement analogue à celui d'un dépôt irrégulier, et le débiteur, par exemple,

[62] Cass., 12 janvier 1866 (S. 66. 1. 82).

[63] Voy. à titre d'exemples : 1° Cass., 24 septembre 1846 (S. 46. 1. 657). Il s'agit de l'organisateur d'une loterie de bienfaisance autorisée qui ne donne pas aux sommes versées par les preneurs de billets la destination promise dans les prospectus; 2° Commet également un abus de confiance l'individu, auquel a été remise une somme d'argent à la charge d'en faire l'emploi en achat d'obligations, et qui a détourné cette somme en l'employant à ses besoins personnels : Cass., 25 avril 1873 (D. 73. 1. 220); 3° Il en est de même de celui auquel ont été remises des actions ou obligations à la charge d'en opérer la vente dans des conditions et à une époque qu'un ordre de bourse devait déterminer, et qui ne peut ni les restituer en nature, ni en verser la valeur entre les mains du mandant : Cass., 12 mars 1864 (D. 65. 1. 198). Voy. également : Cass., 13 août 1868 (D. 69. 1. 486).

[64] Orléans, 24 avril 1876 (S. 76. 2. 168); Aix, 9 novembre 1877 (S. 78. 2. 24, D. 78. 5. 7). Voy. pour d'autres exemples : Cass., 6 août 1847 (D. 47. 4. 3); 14 septembre 1849 (D. 51. 5. 5); Cass., 21 janvier 1870 (S. 71. 1. 176) D'après ce dernier arrêt, se rend coupable d'abus de confiance le mandataire qui, s'étant mis, par son fait, dans l'impossibilité de payer les dépenses qu'il a faites chez un aubergiste, lui laisse en gage les marchandises qui lui avaient été confiées.

qui, après avoir remis en garantie à son créancier un titre de créance, reçoit mandat de celui-ci de vendre cette créance, à la charge de lui remettre, sur le produit de la vente, ce qui lui est dû, se rend coupable d'abus de confiance, s'il retient, à son profit, une partie du prix de la cession sans désintéresser complètement le créancier[65]. Le mandat tacite ne doit pas moins être respecté que le mandat exprès[66]. Ainsi, on a pu décider que le fait de recevoir en paiement un billet de banque de 1.000 francs et de ne rendre la monnaie que sur 500 francs constitue un abus de confiance, sinon par abus de dépôt, du moins par abus d'un mandat tacite donné par celui qui remet le billet de 1,000 francs[67]. Il en est de même du fait de rendre sciemment de la monnaie étrangère qui présente l'apparence, mais n'a pas la valeur de la monnaie à rendre[68]. A plus forte raison, celui qui ayant reçu une pièce d'argent en paiement d'une marchandise qu'il délivre, et à la condition de rendre en monnaie l'excédent, s'approprie en entier la pièce, d'une manière frauduleuse, commet-il le délit d'abus de confiance. Ici, en effet, l'existence d'un mandat ne saurait être contestée[69]. Il n'est pas douteux non plus que la remise d'objets à titre d'échantillons pour permettre à un commerçant de les présenter à sa clientèle et d'arriver par là à la vente de tout un lot de marchandises constitue une remise

[65] Cass., 26 mars 1842 (*J. du Pal.*, 1842, 2. 48).

[66] Le mandat peut, en effet, être conféré, soit expressément, soit tacitement (C. civ., art. 1985). Comp. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 411, p. 636.

[67] Cass., 28 juin 1884 (S. 85. 1. 189) : « Attendu que des faits relevés par l'arrêt, il résulte que la fille Fromentin n'a remis le billet de banque de 1,000 francs à Pradal que pour un usage déterminé, celui de se payer la somme dont il était créancier, et à la charge de lui rendre la monnaie pour le surplus de sa créance ; que c'est dans ce but et à cette condition que la remise a été faite ; qu'elle impliquait un mandat donné à Pradal, mandat de fournir en monnaie la valeur du billet, sous déduction de ce qui lui était dû ; ... ». *Sic*, Pau, 8 juillet 1893 (D. 95. 2. 172) ; Toulouse, 15 décembre 1853 (D. 95. 2.134). Comp. A. Desjardins, *Rev. crit.*, 1885, p. 60.

[68] De rendre, dans l'espèce, une pièce suisse de cinq centimes en nickel pour une pièce de cinquante centimes en argent. Riom, 24 mars 1886 (S. 86. 2.132).

[69] *Sic*, Lyon, 29 avril 1857 (S. 57. 2. 647) ; Bordeaux, 25 novembre 1881 (S. 83.2.44). Voy. cependant Bordeaux, 12 avril 1883 (S. 84. 2. 37).

à titre de mandat. Cela n'est pas douteux quand il s'agit de cartes ou d'albums d'échantillons que les fabricants envoient à leurs représentants ou à des commerçants de détail[70]. Cela ne l'est pas non plus quand il s'agit d'objets que le marchand a le droit de vendre, gardant la différence de ce prix avec celui que fait le fabricant. Le contrat participe de la vente et du mandat, c'est le contrat estimatoire, *æstimatum*, du droit romain. Mais rien n'empêche aujourd'hui, où la gratuité n'est plus de l'essence du mandat, de prendre ce contrat sous cet aspect et avec ce caractère[71].

2331. Le tiers, qui s'est engagé à accepter une lettre de change, est lié, à l'égard du tireur, par un véritable mandat. Il y a, dès lors, un abus de confiance caractérisé dans le fait d'un débiteur qui, après avoir autorisé son créancier à faire traite sur lui, retient la lettre de change qui lui a été transmise en vue de son acceptation et refuse de la payer, en alléguant faussement l'avoir payée à un tiers[72]. Toute différente est la situation du cessionnaire d'une lettre de change. L'endossement d'un titre de cette espèce, à l'ordre d'un tiers, investit, en effet, le cessionnaire du droit, ou de retenir le titre jusqu'à l'encaissement ou de le négocier; par suite, le cessionnaire ne commet un abus de mandat, ni en négociant l'effet, ni même en retenant les fonds jusqu'après l'avis de l'encaissement, alors, du moins, qu'il n'est point un simple intermédiaire chargé uniquement de faire escompter une valeur commerciale et d'en remettre immédiatement le montant, mais qu'il est un endosseur ordinaire, coobligé solidaire, au cas de non-paiement à l'échéance par le souscripteur ou le tiré[73].

2332. *Remise à titre de travail salarié ou non salarié.* — Le dernier cas de détournement prévu par l'article 408 est celui des objets remis *pour un travail salarié ou non salarié, à*

[70] Cass., 21 avril 1898 (S. 99. 1. 353).

[71] Voy. le rapport de M. le conseiller Tanon, reproduit avec Cass., 18 nov. 1882 (S. 84. 1. 299). Comp. Cass., 3 déc. 1892 (*B. cr.*, n° 315); 1er février 1894 (*B. cr.*, n° 29).

[72] Cass., 28 juillet 1877 (S. 78. 1. 144; D. 78. 1. 331).

[73] Cass., 13 décembre 1860 (S. 61. 1. 812; D. 67. 5. 1).

la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé. Le Code pénal de 1810 ne prévoyait que l'hypothèse où les objets avaient été remis pour un travail salarié. C'est la loi du 28 avril 1832 qui a étendu la disposition, même au cas où le détournement a eu lieu à l'occasion d'un travail non salarié. Mais cette extension du titre constitutif de l'abus de confiance appelle une observation essentielle. Lorsque la loi ne prévoyait que les détournements de choses confiées à titre de dépôt ou pour un travail salarié, la jurisprudence avait admis une interprétation extensive : elle appliquait le texte, non seulement au travail des choses matérielles, susceptibles d'être ouvragées, mais aussi aux mandats et gestions d'affaires rémunérés, par exemple à un travail ayant pour objet un recouvrement de deniers. Ainsi, il avait été jugé que le fait, par un notaire, d'avoir dissipé les sommes remises pour acquitter les droits d'enregistrement pouvait être poursuivi sous la qualification de détournement de deniers confiés pour un travail salarié[74]. Cette jurisprudence n'aurait plus de raison d'être aujourd'hui, puisque la loi comprend le mandat parmi les actes dont elle réprime les infidélités. Les expressions de l'article 408 : *travail salarié ou non salarié* s'appliquent donc, dans le sens spécial et restreint où elles sont certainement employées, au détournement des marchandises ou de toutes autres choses susceptibles d'être ouvragées, réparées, perfectionnées, en un mot au *louage d'ouvrage ou d'industrie*, dans lequel l'ouvrier ne fournit que son travail ou seulement une partie de la matière (C. civ., art. 1789). Tel serait le cas d'un meunier qui ne livrerait pas la quantité de farine produite par le blé qui lui aurait été remis pour être converti en farine[75], ou d'un filateur auquel des cotons ou laines sont livrés pour être convertis en cotons filés et qui ne remettrait pas la quantité produite[76]. Il a été également décidé que les détournements de soie, opérés par les ouvriers au préjudice des fabricants, et qui sont connus sous

[74] Voy. sur ce point : CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 2302.

[75] Cass., 11 avril 1817 (S. *coll. nouv.*, t. V, 1. 307).

[76] Cass., 6 juillet 1849 (S. 49. 1. 688).

le non de *piquage d'onces*, constituent le délit prévu et puni par l'article 408[77]. C'est sous la qualification qui nous occupe que ces fraudes, dont nous pourrions citer bien d'autres exemples, doivent être classées.

2333. Il est facile de voir par ces explications que la détermination des titres donnant lieu à l'abus de confiance peut présenter une double difficulté. D'abord, il s'agit d'examiner, en face d'une énumération limitative, si le contrat, procurant la détention de la chose d'autrui avec obligation de la conserver ou d'en faire un emploi déterminé, rentre dans l'un des sept cas qui sont prévus par la loi. Puis, il s'agit de qualifier le contrat et de dire si le rapport qu'il établit est celui de mandant à mandataire, de déposant à dépositaire, ou tout autre analogue. La jurisprudence a, sans doute, résolu ces difficultés avec beaucoup de tact et de finesse. Mais on éviterait bien des injustices et des inégalités en supprimant, dans l'article 408, toute énumération des titres de remise et en visant *in globo*, sans en nommer aucune, toutes les situations dans lesquelles la détention de la chose d'autrui ayant été obtenue sans délit, celui qui doit la conserver pour la restituer ou en faire un emploi déterminé, la dissipe ou la détourne. Nous réclamons une formule anonyme et générale, analogue à celle du Code pénal hollandais (§ 317)[78].

[77] Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 4 avril 1845 (D. 45. 1. 246) qui a fixé la jurisprudence sur ce point.

[78] Cette première question est capitale, car, dans toute poursuite pour abus de confiance, il faut viser un titre de remise rentrant dans l'un des sept cas prévus. Or, dans tous les cas prévus, les formules employées ne conviennent qu'aux contrats qui ont fait passer de la victime au coupable la détention de la chose, et non aux contrats qui en ont rendu l'agent du détournement propriétaire. C'est ce qui passe dans la vente, soit lorsqu'il y a terme pour la livraison, soit lorsque l'acquisition est faite à crédit. Mais la jurisprudence paraît admettre l'assimilation de la vente aux contrats énumérés, dans toute hypothèse où il y a une *condition* suspendant le transfert de propriété et où, *pendente conditione*, le vendeur ou l'acheteur peuvent être considérés suivant les cas, comme détenteurs de la chose d'autrui à titre de louage, de dépôt, de mandat. C'est ainsi que l'enlèvement d'une machine à coudre par l'ouvrier, avant le paiement de la dernière fraction du prix de vente, est un abus de confiance, lorsqu'il a été convenu qu'il n'en deviendrait propriétaire qu'après le paiement intégral du prix, stipulé paya-

§ CLII. — DE L'ABUS DE CONFIANCE QUALIFIÉ.

(C. p., art. 408, § 2).

2334. L'abus de confiance qualifié n'existait pas dans le Code pénal. Modifications apportées par les lois des 28 avril 1832 et 13 mai 1863. — **2335.** Condition générale de l'aggravation de peine due à la qualité de celui qui a commis l'abus de confiance. — **2336.** Du détournement commis par les officiers publics ou ministériels. Double question à examiner. — **2337.** Dans quel cas l'abus de confiance commis par un officier public ou ministériel est-il aggravé par cette circonstance? Des trois systèmes qui peuvent être soutenus. — **2338.** Ce qu'on doit entendre, au point de vue de l'article 408, par officiers ministériels. — **2339.** Les fonctionnaires publics sont-ils compris parmi les officiers publics au point de vue de l'abus de confiance? Difficultés. — **2340.** Détournement commis par un domestique, homme de service à gages, clerc, élève, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti. Division. — **2341.** Il faut, pour qu'il y ait lieu à aggravation de peine, que l'agent ait l'une des qualités spécifiées. — **2342.** Il faut également que le détournement ait été commis au préjudice du maître. — **2343.** Le domestique qui détourne les sommes à lui remises par son maître pour les achats journaliers de la maison, commet-il un abus de confiance? Difficultés. — **2344.** Le domestique, en détournant des effets ou deniers qui lui ont été remis par un tiers, pour le compte de son maître, commet-il un abus de confiance? Distinction. — **2345.** Questions au jury. — **2346.** Peines de l'abus de confiance simple et de l'abus de confiance qualifié.

2334. Le Code pénal de 1810 punissait de la même peine tous les auteurs d'un abus de confiance, quelle que fût leur qualité. Deux modifications successives ont été apportées à cette uniformité de répression. *a*) Le vol commis par un domestique ou homme de service à gages constituait un crime, l'abus de confiance commis par le même individu n'était qu'un délit. Cette absence de parallélisme dans le système de la loi avait amené la jurisprudence à donner à certains faits qui n'étaient que des abus de confiance, le caractère de soustractions frauduleuses, c'est-à-dire de vols domestiques, passibles de la peine de la réclusion (C. p., art. 386). Mais la loi du 28 avril 1832 vint attribuer à l'abus de confiance, commis par des domestiques

ble par fractions mensuelles : Rouen, 30 mars 1882 (*Gaz. Pal.*, 83. 1. 220). Dans une hypothèse où un hôtel garni avait été vendu avec stipulation d'un terme retardant l'entrée en jouissance, on a vu un abus de confiance dans le détournement de quelques-uns des meubles, commis par le vendeur entre la vente et la prise de possession.

et hommes de services à gages, le caractère d'un *crime*, et, dès lors, la jurisprudence put rendre aux infidélités commises par ces individus leur véritable caractère et leur qualification juridique. *b*) Il restait encore, toutefois, une lacune à combler. Les abus de confiance, commis par des *officiers publics ou ministériels*, n'étaient pas distingués, par la pénalité, des abus de confiance commis par des personnes privées. La loi du 13 mai 1863 comprit ces officiers parmi les personnes dont la qualité devrait aggraver l'infraction.

2335. Aujourd'hui, par conséquent, l'abus de confiance devient un crime, puni de la réclusion, s'il a été exécuté par un *officier public ou ministériel*, ou par un *domestique*, *homme de service à gages, élève*, *clerc*, *commis*, *ouvrier*, *compagnon* ou *apprenti*, au préjudice de son maître.

L'article 406, § 2, n'ajoutant qu'une *circonstance aggravante* à l'abus de confiance, il faut, pour que la peine de la réclusion soit encourue : 1° que le fait incriminé soit un abus de confiance, c'est-à-dire qu'il réunisse tous les caractères de ce délit[1]; 2° que le fait ait été accompli par un individu de la qualité indiquée par la loi, qualité qui doit être expressément reconnue à l'accusé par le juge[2].

2336. *Du détournement commis par des officiers publics ou ministériels.* — Quels sont les officiers publics ou ministériels auxquels s'applique l'aggravation légale ? Tous les abus de confiance qu'ils auront commis seront-ils aggravés par leur qualité? Telles sont les deux questions que soulève, à ce point de vue, l'article 408, § 2. On nous permettra, pour les besoins de notre exposition, de les intervertir.

2337. Dans quels cas y a-t-il lieu d'appliquer les peines de l'abus de confiance simple? Dans quels cas y a-t-il lieu d'infliger, au contraire, les peines de l'abus de confiance qualifié

§ CLII. [1] Voy. Chauveau et Hélie, t. V, n° 2310; Blanche, t. VI, n° 261. C'est ainsi qu'il a pu être décidé que le fait par un garçon de recettes de retenir et de s'approprier un excédent qui lui a été remis par erreur, ne constitue ni le délit de vol ni celui d'abus de confiance : Trib. corr. de Lyon, 5 juillet 1882 (*Gaz. Pal.*, 82. 2. 311).

[2] *Sic*, Chauveau et Hélie, t. V, n° 2310; Blanche, t. VI, n°s 268 et 269.

aux officiers publics ou ministériels ? Antérieurement à la loi du 13 mai 1863, la jurisprudence, ainsi que nous l'avons indiqué[3], faisait rentrer les détournements commis par les officiers publics ou ministériels dans les termes, tantôt des articles 169 et suiv., tantôt de l'article 408. Si la victime de la dissipation ou du détournement avait déposé ses deniers ou valeurs volontairement, sans y être contrainte ou incitée par la loi, l'infidélité de l'officier public ou ministériel n'était qu'un abus de confiance simple, puni par l'article 408. Si, au contraire, les deniers ou valeurs avaient été confiés à titre de dépôt, en quelque sorte nécessaire, le fait prenait le caractère de détournement commis par dépositaire public et était passible, suivant les cas, soit des travaux forcés à temps, soit d'un emprisonnement de deux à cinq années (C. p., art. 169 et suiv.). Depuis la loi du 13 mai 1863, cette distinction est devenue sans objet, l'article 408 comprenant, dans ses dispositions, les détournements, commis par les officiers publics ou ministériels, des choses qui leur sont confiées à raison de leur qualité. La commission du Corps législatif, qui a pris l'initiative de la disposition ajoutée à l'article 408, la motivait ainsi, dans son rapport : « L'abus de confiance n'est qu'un délit. L'article 408 ne le punit que d'une peine correctionnelle. On en fit un crime en 1832 et on le punit de la réclusion lorsqu'il était commis par un homme de service à gages. Il a paru à votre commission qu'il y avait des motifs plus déterminants encore d'aggraver la qualification et la peine due à cette infraction, lorsqu'elle était commise par des officiers publics ou ministériels, c'est-à-dire par des hommes investis d'un mandat légal, et *commandant la confiance, par la situation qu'ils occupent, et par le caractère dont ils sont revêtus*. Ainsi, qu'un agent de change, qu'un notaire, qu'un avoué, dans les mains duquel les parties ont déposé les sommes, destinées à payer un prix de vente, un achat de fonds publics ou des droits d'enregistrement, abuse de ce dépôt, et emporte ou s'approprie les valeurs qui lui ont été confiées, nous n'avons pas cru nous montrer trop sévères,

[3] *Suprà*, t. IV, n° 1151, p. 15.

en voyant un véritable crime dans ce détournement, et nous l'avons puni de la réclusion ».

Trois interprétations peuvent être données à la disposition qui nous occupe. *a*) La plus extensive consiste à considérer comme aggravante la *qualité seule de la personne* qui commet l'abus de confiance, et à voir un *crime* dans ce fait, par cela seul qu'il est imputable à un *officier public* ou *ministériel*. Mais cette opinion n'a jamais pu être sérieusement soutenue. Si la chose dissipée ou détournée à été remise à l'officier public ou ministériel, à cause de relations de famille, d'amitié, de voisinage, si l'on s'est confié *non au fonctionnaire* mais à l'*homme privé*, l'abus de confiance, malgré la qualité de l'inculpé, ne sera jamais qu'un délit et n'encourra que les peines correctionnelles de l'article 408[4]. *b*) L'interprétation la plus restrictive est celle d'après laquelle l'abus de confiance, commis par les officiers publics ou ministériels, ne serait punissable, comme crime, d'après l'article 408 du Code pénal modifié, qu'autant qu'il l'aurait été dans l'exercice de leurs fonctions; ce fait conservant le caractère de délit quand les officiers publics ou ministériels auraient agi comme simples mandataires[5]. *c*) Mais cette opinion restrictive n'a prévalu ni dans la doctrine ni dans la jurisprudence. Sans doute, tout abus de confiance commis par un officier public ou ministériel n'est pas un crime. Si l'on s'est adressé à l'homme privé et non à l'homme public, si la qualité de notaire, d'avoué, d'agent de change, etc., n'a pas déterminé la remise des fonds ou valeurs, le détournement qui est commis reste un délit. Mais si la chose a été remise à l'officier public ou ministériel, à raison de la confiance que sa situation inspire, du caractère public

[4] *Sic*, Blanche, t. VI, n° 262. Il a été jugé, à cet égard, qu'un huissier poursuivi pour divers abus de confiance, dont les uns constituent des détournements simples, et les autres des détournements commis en qualité d'officier ministériel, a le droit d'imputer les paiements par lui faits antérieurement aux poursuites sur les dettes qu'il avait le plus d'intérêt à acquitter, c'est-à-dire sur celles nées de cette dernière qualité : Rouen, 14 mars 1866 (D. A. Supplément, v° *Abus de confiance*, n° 148).

[5] Cette opinion peut s'appuyer sur certaines affirmations qui ont été faites dans la discussion de la loi.

vêtu, le fait devient un crime. Ainsi, pour que l'[illegible] iance commis par un officier public ou ministériel soit passible [illegible] e l'aggravation de peine édictée par l'article 408, § 2, du Code pénal, s'il n'est pas nécessaire que la chose détournée lui ait été remise dans l'*exercice* ou *à l'occasion de l'exercice de sa fonction*, il faut qu'elle lui ait été remise *à raison de sa qualité*. C'est bien là, en effet, ce qui résulte du rapport de la commission du Corps législatif que nous avons cité. Il est vrai que, au cours de la discussion de la loi de 1863, un député, ayant demandé qu'il fût entendu qu'on n'appliquerait l'aggravation qu'aux abus de confiance accomplis *à raison des fonctions*, le commissaire du gouvernement répondit : « le fait ne sera considéré comme crime que lorsque l'officier public l'aura commis *à l'occasion de ses fonctions* : c'est là la pensée manifeste de la loi. » Mais cette affirmation se concilie difficilement, soit avec les motifs qui ont déterminé l'innovation, soit avec les termes dans lesquels elle est conçue. Le rapport précité de la commission indique b[illegible]n que ce qui est aggravant c'est la *qualité de l'officier*, investi, par la loi, d'un mandat légal qui détermine la confiance du public. Et le texte confirme ce point de vue. Les expressions *officier public* ou *ministériel* ne sont pas accompagnées, comme dans les dispositions nombreuses où cette condition est un élément du délit, des mots : *dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des fonctions*. Il n'est donc pas besoin que la personne lésée par le détournement ait été victime d'un véritable *fait de fonction*, d'une confiance obligatoire. Ce qui est nécessaire, mais suffisant, pour que la circonstance aggravante existe, c'est que la remise des fonds et valeurs ait été déterminée par la confiance qu'inspire la *qualité* de l'officier public ou ministériel[6]. Ainsi, ce serait le paragraphe 2 et non le paragraphe 1er de l'article 408, qui devrait être appliqué au détournement, par un notaire, d'une somme à lui remise, alors que la confiance inspirée par ses fonctions a seule

[6] La jurisprudence s'est fixée en ce sens. Comp. Dijon, 29 juillet 1874 (D. 75. 5. 5), et, sur pourvoi. Cass., 21 août 1871 (D. 75. 1. 41) ; Cass., 31 juillet 1874 (D. 75. 5. 5) ; 20 février 1879 (S. 81. 1. 286) ; 13 mars 1896 (D. 97. 1. 86).

déterminé l'indication de son étude comme lieu de paiement de cette somme, le versement qui en a été opéré dans ses mains, et le mandat à lui donné d'en faire, après l'avoir reçue, un emploi déterminé.

2338. L'article 91 de la loi du 28 avril 1816 donne l'énumération des officiers ministériels, qui sont : « Les *avocats à la Cour de cassation*, *notaires*, *avoués*, *greffiers*, *huissiers*, *agents de change*, *courtiers*, *commissaires-priseurs*. » Cette énumération est nécessairement limitative.

La situation pénale de ces divers officiers, à l'occasion des détournements qu'ils pourront commettre, doit être rigoureusement précisée. *a*) La loi n'a chargé le *notaire* que du dépôt de ses minutes; à cet égard donc, cet officier ministériel est considéré comme *dépositaire public* et le détournement qu'il en ferait tomberait sous le coup des articles 173 et 255 du Code pénal. Mais en ce qui concerne les deniers, effets, titres, lettres de change ou billets à ordres, actes sous seing privé, le notaire n'est qu'un *dépositaire privé*, passible de l'article 408. C'est alors qu'intervient la distinction que nous avons faite. Toutes les fois que le détournement porte sur des effets ou deniers confiés à un notaire, *à raison de sa qualité*, il y a abus de confiance qualifié. Le détournement est puni comme simple délit, lorsque ce n'est pas cette qualité qui a déterminé la confiance de la victime, mais les relations de famille, par exemple, de voisinage, d'amitié. *b*) De même que les notaires, les *avoués* se trouvent au nombre des officiers ministériels dont les abus de confiance sont réprimés par le § 2 de l'article 408. Ainsi, commet un abus de confiance qualifié, l'avoué qui a détourné ou dissipé une somme reçue pour le compte de son client, à la suite d'une transaction intervenue entre ce client et la partie adverse. *c*) Les *greffiers* sont réputés, ainsi que nous l'avons dit, *dépositaires* ou *comptables publics* en ce qui concerne le détournement des sommes qui leur sont remises pour l'enregistrement des jugements. Ce fait tombe, par conséquent, sous le coup des articles 169 et suivants du Code pénal. Mais il en est autrement du détournement des sommes qui leur sont remises par les parties pour payer les amendes ou les frais auxquels

elles ont été condamnées. Nous avons déjà dit quelle était la raison de cette application distributive des articles 169 et suivants et de l'article 408, § 2[7]. *d*) Les *huissiers* et les autres officiers ministériels, *agents de change, courtiers, commissaires-priseurs*, sont dans la même situation : ils doivent être aussi considérés comme placés par l'article 408, § 2, au nombre des mandataires susceptibles d'être poursuivis devant la juridiction criminelle pour la violation des mandats qui leur auraient été confiés, simplement à raison de leur qualité.

2339. De même que les officiers ministériels, les *officiers publics* sont soumis à une responsabilité spéciale et aggravée, relativement au fonds dont ils sont *dépositaires*. Mais il faut, pour cela, qu'ils agissent dans l'exercice de leurs fonctions. C'est ce que nous avons expliqué déjà[8]. Mais comment apprécier le fait, par un fonctionnaire public, de détourner les sommes qui lui ont été confiées en cette *qualité*, mais non en vertu d'une *confiance obligatoire*? Ce fait est-il un abus de confiance simple ou un abus de confiance qualifié? L'attention du législateur a été appelée sur cette question en 1863. Malheureusement, il n'en a pas laissé pressentir la solution. Un député, qui trouvait mauvais qu'on aggravât la peine contre les officiers publics ou ministériels, disait et avait raison de dire : « Il s'agit d'abord de savoir ce que vous faites : pour les officiers ministériels, on sait ce que c'est; mais pour les officiers publics, si vous prenez le Code pénal, vous verrez que cette qualification s'applique à tous les fonctionnaires de l'État. » A cette observation, le commissaire du gouvernement fit une réponse qui n'en est pas une :

[7] *Suprà*, t. IV, n° 1151, p. 16. Les fonctions de curateur aux successions, telles qu'elles sont déterminées par l'ord. du 26 décembre 1842, sont comprises dans les attributions de l'office des greffiers de justice de paix à compétence étendue en Algérie. Dès lors, les détournements que ces greffiers peuvent commettre comme curateurs aux successions vacantes rentrent légalement dans ceux que le Code pénal punit d'une peine criminelle comme ayant été commis par un officier public ou ministériel : Cass., 26 février 1897 (D. 98. 1. 145).

[8] *Suprà*, t. IV, p. 14. Les articles 169 à 172, 173, 254 à 256 punissent un *fait de fonctions*, et c'est par ce motif que les détournements prévus par ces textes y sont qualifiés de crimes ou délits contre la chose publique.

« La commisson a fait une chose très sage et très rationnelle en assimilant les officiers publics ou ministériels, c'est-à-dire les agents de change, les notaires, les avoués, les huissiers, aux personnes déjà comprises dans les dispositions de l'article 408, c'est-à-dire à ceux qui commettent le délit étant placés dans la confiance de ceux qui sont victimes du détournement. Les officiers publics ou ministériels sont investis d'une confiance nécessaire, et les fonctions mêmes qu'ils remplissent justifient l'aggravation qui vous est proposée. » Cette réponse, aussi peu explicite que possible, a motivé deux opinions, qui peuvent chacune se réclamer de certaines décisions de jurisprudence. La première considère que les expressions *officiers publics* ou *ministériels* ont été employées comme synonymes, de sorte que les fonctionnaires publics, détournant des fonds à eux remis en raison de leur qualité, mais en vertu d'une confiance non obligatoire, ne seraient passibles que des peines correctionnelles de l'article 408. Au point de vue de l'article 408, ils seraient traités comme des particuliers. La Cour de Paris a décidé, par exemple, à propos du détournement, par un *maire*, de deniers provenant d'une indemnité de guerre attribuée à la commune et que le maire avait été chargé par le conseil municipal de toucher du gouvernement et d'employer à désintéresser des créanciers, que ce fait ne constituait qu'un abus de confiance simple et non un abus de confiance qualifié[9]. Cette opinion ne nous paraît conforme ni au texte ni à l'esprit de la loi. Elle conduit, d'abord, à effacer de l'article 408, les mots *officiers publics*, ce qui est grave, on l'avouera, comme procédé d'interprétation. Elle ne tient pas compte, non plus, de l'esprit de la loi, qui est d'aggraver le détournement commis par des hommes, investis d'un titre « commandant la confiance, par la situation qu'ils occupent et par le caractère dont ils sont revêtus ».

2340. *Détournement commis par un domestique, homme de service à gages, clerc, élève, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti.* — L'aggravation de peine n'existe qu'à deux conditions : 1° il faut que l'agent, qui a commis l'abus de confiance,

[9] Paris, 19 novembre 1874 (S. 75. 2. 81).

ait l'une des *qualités* spécifiées ; 2° et que le détournement ait été commis au *préjudice du maître*. Nous devons, à ces deux points de vue, comparer l'abus de confiance domestique avec le vol domestique (C. p., art. 386 et 408, § 2).

2341. Le sens des expressions *domestique*, *homme de service à gages*, *ouvrier*, *compagnon* ou *apprenti*, que l'article 408 a empruntées à la disposition de l'article 386, relative au vol domestique, a été déjà expliqué. La confiance nécessaire qui, dans les rapports d'ouvrier à maître, aggrave la criminalité de l'abus de confiance, n'existe qu'à l'égard de l'ouvrier travaillant dans l'atelier ou le magasin, et sous l'autorité d'un maître, auquel il loue non pas son *industrie*, mais son *temps*. En d'autres termes, on ne doit pas comprendre, parmi les ouvriers mentionnés dans l'article 408, ceux qui reçoivent des matières premières pour les travailler à leur domicile et qui sont payés, non à l'année, au mois, à la journée, mais à la tâche [10].

Les *clercs* et *commis* qui, en cas de vol, ne sont frappés de l'aggravation de peine due à leur situation que par interprétation des mots *hommes de service à gages* de l'article 386, sont expressément compris dans l'énumération de la loi en matière d'abus de confiance. L'article 408 leur assimile, comme nous l'avons déjà fait pour le vol [11], les *élèves*, c'est-à-dire ceux qui se placent, pour apprendre une science, un art, une industrie, comme l'élève en pharmacie, l'élève en architecture, l'élève en peinture. L'aggravation pénale, ainsi édictée, contre les clercs, les commis, les élèves, qui se rendent coupables d'abus de confiance, est limitée, comme au cas de vol domestique, à ceux qui sont en rapport journalier avec le maître, dont ils ont trahi la confiance.

L'article 408, § 2, n'indique pas, comme constituant une cause d'aggravation de l'abus de confiance, cette circonstance que l'auteur du délit, sans avoir l'une des qualités spécifiées, *travaillerait habituellement* chez celui au préjudice du-

[10] *Sic*, Cass., 16 mars 1837 (*B. cr.*, n° 82) ; 12 décembre 1863 (D. 67. 1. 261) ; 1er juin 1894 (D. 97. 1. 425). Voy. cependant, BLANCHE, t. VI, n° 267.

[11] *Suprà*, t. V, n° 2144, p. 445.

quel cet abus de confiance a eu lieu. Il existe, à ce point de vue, une différence entre le vol et l'abus de confiance.

2342. En cas de vol, l'aggravation pénale, résultant de la qualité de domestique, homme de service à gages, etc., s'étend aux soustractions frauduleuses commises au préjudice des *tiers*, lorsqu'elles l'ont été chez le maître (C. p., art. 386, § 3) [12]. L'abus de confiance, impliquant le détournement ou la dissipation d'une chose confiée en vertu d'un des *contrats* énumérés par l'article 408, ne peut se concevoir que commis au préjudice de celui qui a remis cette chose ou au nom de qui cette chose a été confiée. C'est ce que déclare, quant à l'abus de confiance simple, le paragraphe 1 de l'article 408, en exigeant que la chose confiée ait été détournée ou dissipée au préjudice des « propriétaires, possesseurs ou détenteurs ». La même condition est reproduite, en matière d'abus de confiance domestique, dans le paragraphe 2 de l'article 408, aux termes duquel le détournement doit être commis « au préjudice du maître » . La peine, en effet, n'a été aggravée qu'à raison des relations quotidiennes et nécessaires qui existent entre le domestique et le maître, et de la facilité qu'ont les domestiques pour commettre des infidélités au préjudice des personnes qu'ils servent. Mais cette exigence a donné lieu à deux difficultés pratiques.

2343. Le domestique qui détourne les sommes, à lui remises par son maître pour les achats journaliers de la maison, commet-il un abus de confiance? La difficulté vient, d'une part, de ce que le détournement ne peut être considéré comme ayant eu lieu au préjudice du maître, auquel le domestique a livré la fourniture représentative de l'argent confié et qui n'est pas tenu de payer un achat fait contrairement à son mandat, et de ce que, d'autre part, on ne saurait voir, dans le détournement commis, un abus de confiance au préjudice du fournisseur qui s'est borné à vendre sa marchandise sans avoir jamais fait d'autre contrat avec le domestique infidèle. Par un premier arrêt, la Cour de cassation avait décidé que lorsque les marchandises ont été réellement procurées au maître, le détourne-

[12] Voy. *suprà*, t. V, n° 2141, p. 443.

ment commis par le domestique n'est ni un vol ni un abus de confiance, et constitue seulement un délit d'escroquerie envers les fournisseurs. Dans un second arrêt, rendu depuis la création, par la loi de 1832, du crime d'abus de confiance domestique, la Cour a considéré le détournement dont je m'occupe comme constitutif de ce crime[13]. Elle n'a pas tenu compte de l'objection tirée de ce que ce fait n'est pas préjudiciable au maître. C'est le fournisseur qui est, en effet, la véritable victime de cet agissement ; il semble donc qu'il ne puisse y avoir délit qu'à son encontre. Voilà pourquoi, écartant les qualifications de vol et d'abus de confiance, certains ont vu, dans ce détournement, une *escroquerie* vis-à-vis des fournisseurs, escroquerie résultant de l'emploi, par le domestique, pour obtenir des livraisons de marchandises à crédit, de la fausse qualité de mandataire de son maître. Mais cette qualification n'est pas exacte. Ce ne sera pas, en effet, l'emploi de la fausse qualité de mandataire qui aura déterminé, la plupart du temps, la remise des marchandises ; il aura suffi au *domestique* de se présenter *à ce titre* pour inspirer confiance et obtenir la livraison demandée. C'est donc ailleurs que dans l'emploi d'une fausse qualité qu'il faut chercher l'élément de criminalité du fait. On le trouvera dans le détournement des fonds confiés au domestique en cette qualité pour en faire un emploi déterminé, c'est-à-dire dans un *abus de confiance*.

2344. Le domestique, qui détourne des effets ou deniers, à lui remis par un *tiers*, pour le compte de son maître, commet-il un abus de confiance, aggravé en raison de sa qualité? La question doit être résolue par une distinction. Si la chose a été reçue en vertu d'un mandat émané du maître, elle reste aux risques de ce dernier, et le détournement qui en est fait est bien commis au préjudice du maître. Mais, en l'absence de tout mandat de la part du maître, la chose reste aux risques du tiers qui l'a remise : c'est en violation du mandat donné par ce tiers que le détournement a eu lieu ; on ne peut plus, dès lors, y voir qu'un abus de confiance ordinaire[14].

[13] Voy. *supra*, t. V, n° 2142, p. 444, note 9.

[14] A[illegible] jugé, par application de cette distinction, que le domes-

2345. Les questions posées au jury, relativement au crime d'abus de confiance, doivent porter, distinctement, et sur les éléments constitutifs du crime, et sur ceux de la circonstance aggravante tirée de la qualité de l'accusé.

a) En ce qui concerne la circonstance aggravante : 1° il ne suffit pas, pour permettre l'application de l'article 408, § 2, de demander au jury, si, au moment où il a commis le détournement, l'accusé était officier public ou officier ministériel; il faut l'interroger, en outre, sur le point de savoir, si c'est en cette qualité d'officier public ou ministériel que les sommes ou valeurs qui ont été détournées avaient été remises à l'accusé[15]; 2° il faut également, dans la question posée au jury sur le détournement commis par un domestique ou un homme de service à gages, un clerc, un élève, etc., indiquer que le détournement a été commis au préjudice du maître; sans quoi, le fait reconnu vrai manquerait de l'un des éléments constitutifs de l'aggravation[16].

b) En tenant compte de ces observations, les questions pourront être présentées au jury dans les termes suivants :

X... est-il coupable d'avoir (ici, la date) détourné, *ou* dissipé, au préjudice du propriétaire *ou* possesseur, *ou* détenteur, des effets, *ou* deniers, *ou* marchandises, *ou* billets....., qui ne lui avaient été remis qu'à titre de louage, *ou* de dépôt, *ou* de mandat..., à la charge de les rendre *ou* représenter, *ou* d'en faire un usage *ou* un emploi déterminé?

Est-ce en sa qualité d'avoué, *ou* de notaire, *ou* d'agent de change que ces sommes *ou* valeurs....., lui avaient été remises?

Ledit détournement a-t-il été commis par X..., domestique *ou* homme de service à gages, *ou* élève, *ou* clerc..., au préjudice de son maître?

tique d'un meunier, qui détourne un sac de blé qu'il avait reçu d'un client de son maître pour le porter au moulin, commet, non point le détournement par un domestique au préjudice du maître (C. p., art. 408, § 2), mais un simple abus de confiance au préjudice du tiers qui lui a remis ce blé (C. p., art. 408, § 1); Dijon, 23 décembre 1868 (D. 69. 2. 31).

[15] Cass., 17 juin 1875 (*B. cr.*, n° 192); 12 août 1875 (*B. cr.*, n° 258). Comp. Blanche, t. VI, n° 262.

[16] Cass., 13 juillet 1854 (*B. cr.*, n° 225).

bus de confiance simple est frappé des peines por-
es article 406. On se référera aux explications que nous avons de es à propos de la fixation de l'amende. L'abus de confia q alifié est frappé de la peine de la réclusion, mais n'est pas p ssible d'une amende[17]. Le dernier paragraphe de l'article 408 a pour objet d'indiquer que les dispositions qui le précèdent ne préjudicient pas à ce qui a été dit aux articles 254, 255, 256, relativement aux soustractions et enlèvements de deniers, effets ou pièces, commis dans les dépôts publics. Cette disposition était évidemment inutile.

§ CLIII. — DE LA PREU L'ABUS DE CONFIANCE.

2347. Question de compétence. Question d preuve. — **2348.** La question d'existence ou d'interprétation du contrat en vertu duquel la remise a été faite sera résolue par le juge de répression. — **2349.** Mais le juge doit se conformer aux règles du droit civil sur les preuves. **350.** Indépendance de l'action civile et de l'action publique en matière d'a de confiance.

2347. Le délit ou le crime d'abus de confiance ne peut être prouvé, à l'encontre du prévenu ou de l'accusé, que si le ministère public démontre, tout à la fois : 1° l'existence du contrat en vertu duquel la chose a été remise ; 2° la violation de ce contrat, c'est-à-dire le détournement ou la dissipation de la chose confiée en vertu du contrat. De ces deux questions, il en est une, la seconde, qui rentre, sans difficulté, dans le domaine du tribunal de répression et qui peut être établie par toutes espèces de preuves, puisque c'est une question de fait et d'intention. Mais en est-il de même de la première? L'abus de confiance dépend d'un *contrat antérieur*, dont l'*existence* ou l'*interprétation* est contestée par l'une ou l'autre partie : le tribunal de répression aura-t-il qualité pour trancher les questions relatives à l'existence ou à l'interprétation du contrat dont la violation est délictueuse? Et, s'il a qualité pour le faire, devra-t-il se conformer aux règles du droit civil sur les preuves? Ces questions, nous les avons rencontrées souvent, et nous savons qu'elles

[17] Cass., 17 août 1876 (D. 77. 1. 48).

doivent être résolues, conformément au droit commun, par deux règles, l'une de *compétence*, l'autre de *preuve*.

2348. Il est de principe d'abord, que tout juge, compétent pour statuer sur le procès dont il est saisi, est également compétent pour décider les questions qui s'élèvent dans ce procès, lors même qu'elles seraient hors de sa compétence si elles lui étaient soumises séparément. D'où il suit que lorsque la convention, dont la violation constitue l'abus de confiance, est déniée, ou que le prévenu prétend, soit que le contrat passé avec lui ne rentre pas dans l'un de ceux spécifiés par l'article 408, soit que son engagement, né d'abord de l'un de ces contrats, aurait, par l'effet d'actes ou de conventions survenues plus tard, cessé d'avoir sa cause dans une convention de cette nature, le juge de répression est compétent pour statuer sur tous ces moyens de défense, qui soulèvent non une *question préjudicielle*, à résoudre préalablement par le juge civil, mais une simple *exception*, inséparable du fait poursuivi, et placée, comme ce fait, dans les attributions du juge de la poursuite[1].

2349. Mais comment doit se faire alors, devant le tribunal, la preuve du contrat contesté? Ce tribunal est-il obligé de se conformer, dans le jugement d'une question de droit privé, aux règles du Code civil qui concernent les preuves? En principe, il faut admettre que ces règles sont communes à toutes les juridictions, parce que c'est la nature de la preuve à faire et, s'il s'agit de la preuve testimoniale, la nature du fait à prouver, et non la nature de la juridiction devant laquelle la preuve doit être fournie, qui détermine leur application. Il en résulte que lorsque la valeur du contrat, dont l'abus donne lieu à une poursuite correctionnelle, est supérieure à 150 francs, la preuve doit, selon l'article 1341 du Code civil, en être faite par écrit, à l'exclusion de la preuve testimoniale applicable seulement au fait délictueux qui s'y rattache, c'est-à-dire à la dissipation et au

§ CLIII. [1] V. la note sur les questions préjudicielles, arrêtée dans une assemblée générale de la Cour de cassation, le 5 novembre 1813 (dite note Barris), et rapportée par MANGIN, *op. cit.*, n° 240. *Adde*, CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 2305; BLANCHE, t. VI, n° 272; MANGIN, *op. cit.*, n° 170. Jurisprudence, aujourd'hui constante, depuis 1812.

détournement, et sous la réserve des cas où la loi aurait autorisé ce dernier mode de preuve sans se préoccuper de la valeur de la convention. La seule difficulté consiste à déterminer si, au point de vue du droit civil, et par conséquent, du droit pénal, on se trouve ou non dans l'exception[2].

a) La première des restrictions apportées par la loi civile à la prohibition de la preuve testimoniale pour toute chose excédant 150 francs, est celle que l'article 1347 du Code civil fait résulter de l'existence d'un commencement de preuve par écrit. A ce point de vue, on peut considérer, comme remplissant cette condition, les réponses faites par le prévenu, lors de son interrogatoire devant le juge d'instruction, lorsque cet interrogatoire est signé de lui, ou mentionne l'impossibilité où il était de signer. Mais les réponses faites à l'audience, devant le juge saisi de la poursuite, ne sauraient avoir le caractère d'un commencement de preuve par écrit, encore qu'elles aient été constatées dans les notes sommaires du greffier, ces notes, qui ne sont ni lues ni signées par le magistrat, ni relues par le prévenu, ni signées par lui, ne pouvant être assimilées aux procès-verbaux qui constatent un interrogatoire devant le juge d'instruction[3]. Il en serait autrement, toutefois, si l'interrogatoire de l'audience avait reçu un certain caractère d'authenticité des circonstances qui l'ont accompagné; par exemple, sur la réquisition expresse de la partie poursuivante, il est donné acte par le tribunal de déclarations faites devant lui, soit au moment où elles se sont produites, soit dans le jugement définitif[4].

b) La règle générale, qui prohibe la preuve testimoniale, à raison de la valeur de l'objet du contrat, reçoit encore exception, aux termes de l'article 1348 du Code civil, toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve

[2] La jurisprudence et la doctrine sont constantes sur le principe. Voy. notamment : Cass., 3 juin 1892 (S. 92. 1. 431.)

[3] « Les interrogatoires prêtés à l'audience..., dit BLANCHE (t. VI, n° 275, p. 372), ne présentent pas la même garantie que ceux qui ont lieu dans l'instruction : ils sont recueillis à la hâte, pendant les déclarations de l'inculpé, et ne sont soumis à aucun contrôle légal ».

[4] Voy. BLANCHE, *op. et loc. cit.*, et les arrêts qu'il cite.

écrite de la convention contractée envers lui. Cette exception s'applique notamment : « 1° aux obligations, qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits ; 2° aux dépôts nécessaires, faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans les hôtelleries : le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait ; 3° aux obligations, contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit ; 4° au cas où le créancier a perdu le titre, qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. »

La victime d'un prétendu abus de confiance allègue que le contrat et la remise de valeur qui l'a suivi, ont été déterminés par la violence ou le dol : est-elle recevable à faire la preuve testimoniale de l'existence du contrat?

L'obstacle à la rédaction d'un acte écrit pour constater la convention est manifeste en cas de *violence*, et l'admissibilité de la preuve testimoniale ne saurait être douteuse.

Il n'en est pas de même en cas de fraude. En principe, le *dol* qui vicie une convention peut être établi par témoins, lorsque la convention n'est pas déniée et qu'il s'agit seulement de statuer sur sa validité. C'est ce qui résulte de l'article 1353 du Code civil, où il est dit qu'un acte peut être annulé, pour cause de dol ou de fraude, sur de simples présomptions, le dol et la fraude rentrant dans l'exception apportée par l'article 1348 du Code civil à la nécessité d'un écrit. Mais si la personne, à laquelle on impute des manœuvres dolosives, tout en niant ces manœuvres et le vice du consentement qui en résulte, conteste, en même temps, l'existence du contrat, pour échapper à la responsabilité de sa violation, la preuve testimoniale n'est admissible *de plano* que dans le cas où on alléguerait des manœuvres frauduleuses telles qu'elles n'auraient pas permis à la partie lésée de rapporter la preuve littérale. Cette distinction trouve sa base dans l'article 1348 lui-même. La fraude, dit-on, fait exception aux règles ordinaires du droit. Mais pourquoi? C'est qu'elle met les parties dans l'impossibilité de s'y conformer. Tout se réduit donc à la constatation de l'impossibilité d'avoir

un écrit. Si les faits allégués, constitutifs de la fraude, n'ont pas créé cette impossibilité, les conditions ordinaires de la preuve reprennent leur empire, parce qu'on cesse d'être dans l'exception pour rentrer dans la règle[5].

c) La disposition finale de l'article 1341 du Code civil qui, rapprochée de l'article 109 du Code de commerce, admet la preuve par témoins pour toute convention ayant un caractère commercial, doit être appliquée en matière d'abus de confiance. C'est ainsi qu'il a été décidé que, dans une poursuite pour *piquage d'once*, le tribunal avait pu admettre que les contrats relatifs à la livraison aux ouvriers de soies détournées, avaient un caractère commercial, et autoriser, par suite, la preuve testimoniale de ces contrats, sans avoir égard à la circonstance que la valeur de ces soies devait excéder 150 francs[6].

d) Ce que nous venons de dire, à propos du mode de preuve de la convention dont la violation est poursuivie comme abus de confiance, n'a d'application qu'au cas où le prévenu dénie et persiste à dénier l'existence de cette convention. Mais il n'est pas douteux qu'en dehors de la preuve, soit écrite, soit testi-

[5] La jurisprudence s'est montrée très hésitante sur la solution de cette question délicate. Elle paraît avoir d'abord décidé que la fraude, à l'aide de laquelle un individu se fait remettre une chose qu'il s'approprie ultérieurement, se confond avec le délit qu'elle a préparé et est, dès lors, comme ce délit, susceptible d'être prouvée par témoins. Comp. Cass., 22 mai 1837 (*B. cr.*, n° 164). Plus tard, elle a jugé, au contraire, qu'il n'était pas permis d'établir, par la preuve orale, l'existence du contrat, sous le prétexte que la convention n'avait été déterminée que par l'emploi de manœuvres frauduleuses. Cass., 20 avril 1844 (S. 44. 1. 848). Enfin, dans les arrêts plus récents, elle est revenue à sa première doctrine, mais en prenant soin de constater, conformément à la distinction proposée, que les manœuvres articulées avaient empêché la partie lésée de se faire délivrer un titre établissant la remise de la chose détournée à son préjudice. Cass., 12 novembre 1863 (D. 64. 1. 150; S. 64. 1. 244); 29 avril 1864 (*B. cr.*, n° 120); 16 avril 1868 (*B. cr.*, n° 102). Comp. Toulouse, 23 juin 1881 (D. 82. 2. 41). La jurisprudence de la Cour de cassation sur cette question paraît être en concordance avec les décisions qu'elle a rendues sur la recevabilité de la preuve testimoniale, en ce qui concerne le faux serment en matière civile, les abus de blanc-seing, les vols des titres opérant obligation ou décharge.

[6] Cass., 28 mai 1864 (D. 67. 1. 362).

moniale, selon les cas, du contrat qui forme la base du délit d'abus de confiance, le tribunal peut puiser légalement sa conviction dans l'*aveu* du prévenu, qui est une des preuves admises par la loi civile. Toute la difficulté se ramène à savoir dans quels cas il y a aveu régulier et à quelles conditions l'aveu fait preuve complète du contrat. Ce sont là des questions que les principes généraux doivent aider à résoudre. Ainsi, l'aveu est indivisible en matière pénale comme en matière civile, si le juge lui attribue la valeur d'une preuve complète. Il peut être divisé, si le juge n'y cherche et n'y trouve qu'un commencement de preuve par écrit[7].

2350. L'action publique et l'action civile sont indépendantes, en matière d'abus de confiance comme en matière de vol et d'escroquerie. D'une part, la poursuite du ministère public n'est pas subordonnée à une plainte de la partie lésée, et, d'autre part, l'instance engagée par celle-ci devant les tribunaux civils ou la transaction consentie avec le coupable ne peut empêcher la répression[8].

§ CLIV. — ABUS DE CONFIANCE PAR SOUSTRACTION DE PIÈCES, TITRES OU MÉMOIRES.

(C. p., art. 409).

2351. Disposition de l'article 409 du Code pénal. — **2352.** Éléments matériels du délit. — **2353.** Élément moral. Mauvaise foi. — **2354.** Qualification exacte du délit. — **2355.** La peine doit être prononcée par le tribunal saisi de la contestation.

2351. L'article 409 punit d'une amende de 25 à 300 francs, celui qui, après avoir produit, dans une contestation judiciaire, quelque titre, pièce ou mémoire, l'aura soustrait de quelque manière que ce soit[1].

[7] Voy. notamment : Cass., 3 juin 1892 (S. 92. 1. 431).

[8] *Sic*, Cass., 12 juin 1890 (S. 92. 1. 430).

§ CLIV. [1] Article 409. « Quiconque, après avoir produit, dans une contestation judiciaire, quelque titre, pièce ou mémoire, l'aura soustrait, de quelque manière que ce soit, sera puni d'une amende de 25 à 300 francs. — Cette peine sera prononcée par le tribunal saisi de la contestation. » Ce

2352. Pour l'existence matérielle du délit prévu par l'article 409, trois conditions sont nécessaires et suffisantes.

a) Il faut que la soustraction ait pour objet quelque titre, pièce ou mémoire, *déjà produit en justice*. L'importance de la pièce n'influe en rien sur l'existence du délit[2]. La soustraction, dont il est ici question, n'est pas celle qui est définie par l'article 379 du Code pénal et qui forme l'élément matériel du vol. Il y a soustraction, dans le sens de la loi, toutes les fois que la partie se refuse à reproduire une pièce qu'elle a déjà produite. Si le défaut de cette seconde production devait être attribué à un cas de force majeure, perte ou vol, il est clair que le délit n'existerait pas.

b) Il faut que la pièce soustraite ait été produite dans une contestation judiciaire, quelle que soit d'ailleurs la juridiction à laquelle cette pièce a été soumise, tribunaux ordinaires ou tribunaux d'exception, judiciaires ou administratifs[3].

c) Il est enfin nécessaire que la soustraction ait pour auteur la partie même qui a produit la pièce et entre les mains de qui cette pièce était restée. Si un tiers avait détourné la pièce, le fait constituerait, suivant les cas, un vol ou un abus de confiance proprement dit. Il semble, du reste, que la disposition de l'article 409 s'applique, non seulement aux parties, mais à leurs auxiliaires officiels, tels que les avocats, les avoués, qui auraient soustrait des pièces, titres, ou mémoires, faisant partie de leur dossier et déjà produits en justice[4].

2353. Le fait prévu par l'article 409 est un *délit* par sa pénalité : par suite, il n'est incriminé que s'il est commis de mauvaise foi[5]. La loi, en employant les mots : « *aura soustrait, de*

délit que les tribunaux ont eu rarement à réprimer, si nous en jugeons par l'absence de jurisprudence, est plutôt du ressort de la procédure civile que du droit pénal. La commission civile et criminelle du Corps législatif en demandait la suppression. Voy. Locré, t. XXXI, p. 123 et 133 ; Blanche, t. VI, n° 278.

[2] Voy. cependant, Carnot, *op. cit.*, art. 409, n° 2.

[3] Chauveau et Hélie, t. V, n° 2312.

[4] *Sic*, Rauter, *op. cit.*, t. II, p. 151.

[5] *Sic*, Blanche, t. VI, n° 280.

quelque manière que ce soit, » ne s'est occupée que des *modes* de dissimulation de la pièce, mais n'a pas voulu punir celui qui, de bonne foi, aurait retiré une production qu'il pouvait croire inutile, pas plus que celui qui, par négligence, aurait perdu ou égaré une pièce déjà produite. La loi incrimine le *dol* et non l'*imprudence*.

2354. Les éléments du délit ainsi déterminés, le classement qui en est fait par le Code pénal parmi les abus de confiance est-il bien juridique? On l'a contesté, mais à tort selon nous. La pièce soustraite appartient, il est vrai, au plaideur qui l'a fait disparaître, après l'avoir produit. C'est une contravention aux règles qui ont pour objet de rendre loyales les procédures suivies devant les tribunaux. Mais, une fois produits par une partie dans un procès, les titres, pièces, mémoires, deviennent *communs* à toutes les autres parties, puisque le dépôt au greffe pourrait en être exigé et ordonné. Dès lors, si le plaideur, qui a produit une pièce, en reste détenteur, c'est par suite d'une confiance dont il abuse en la faisant disparaître. Cette soustraction de pièces, titres ou mémoires étant ainsi une variété de l'abus de confiance, il me paraît certain que les incapacités prononcées par certaines lois spéciales contre les condamnés pour abus de confiance sont encourues à la suite de la condamnation prononcée par application de l'article 409[6].

2355. La peine portée par l'article 409 doit être prononcée par le tribunal saisi de la contestation. Le délit se trouve donc ainsi assimilé aux délits d'audience, que les articles 504 et 505 du Code d'instruction criminelle, déclarent justiciables du juge devant lequel il sont commis. C'est parce que le magistrat saisi de la contestation est mieux que tout autre à même d'apprécier la portée de la pièce qui a été retirée du dossier et l'intention de la partie qui a commis la soustraction, que la loi lui

[6] Ainsi, notamment, le condamné est incapable de tenir école (L. 27 mars 1850, art. 26); le permis de chasse peut lui être refusé (L. 3 mai 1844, art. 6); il est exclu des listes électorales (D. 21 février 1852, art. 15). En ce qui concerne la relégation, la question ne peut pas se poser, la peine n'étant que d'une amende, pas plus qu'en ce qui concerne la récidive correctionnelle (C. p., art. 58, modifié par la loi du 28 mars 1891; 4-26 mai 1885, art. 4).

donne compétence. Il en résulte : 1° que toute juridiction o cielle et publique, qu'elle soit ordinaire ou exceptionnelle, ju ciaire ou administrative, a le droit de connaître du délit qu été commis au cours de la contestation dont elle est saisie; 2° que la compétence attribuée à cette juridiction est *exclusive* toute autre compétence[7].

La condamnation prononcée pourra être frappée d'appel moins qu'elle n'émane d'une cour souveraine (Cour d'ap Cour de cassation, Conseil d'État).

[7] *Sic*, BLANCHE, t. VI, n° 270, *in fine*.

FIN DU TOME CINQUIÈME.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

LIVRE PREMIER

Des crimes et des délits (*Suite*).

TITRE II

DES CRIMES ET DÉLITS CONTRE LES PARTICULIERS.

CHAPITRE PREMIER

DES CRIMES ET DES DÉLITS CONTRE LES PERSONNES.

SECTION TROISIÈME

Homicide, blessures et coups involontaires; crimes et délits excusables, et cas où ils ne peuvent être excusés; homicide, blessures et coups qui ne sont ni crimes ni délits.

§ CII. — **Observation générale.** — 1775. Classement défectueux du Code pénal..... 1

§ CIII. — **De l'homicide et des blessures et coups involontaires.** — 1776. Des délits d'imprudence. — 1777. Double élément de ces

délits. — 1778. Évolution historique de la notion d'imprudence, particulièrement dans les délits d'homicide et de coups et blessures. — 1779. Observation générale. — 1780. Division. — 1781. De la faute qui donne lieu à une responsabilité pénale. Caractère limitatif de l'énumération faite par la loi. Conséquences qui en résultent. — 1782. Comparaison, à cet égard, de l'article 319 et de l'article 320. — 1783. Notions générales sur les deux types de fautes, le défaut de prévoyance, le défaut de précaution. — 1784. Maladresse. — 1785. Imprudence. — 1786. Négligence ou inattention. — 1787. Inobservation des règlements. — 1788. L'imprudence de la victime n'exonère pas des conséquences de la faute. — 1789. L'agent dans le délit d'homicide ou de coups et blessures involontaires n'est responsable que du résultat de son action ou de son omission. Sens du mot blessure dans l'article 320. — 1790. Relation de cause à effet entre le mal produit et la faute relevée. Observation sur la faute commune. — 1791. Il n'existe pas de responsabilité pénale pour le fait d'autrui. — 1792. Personnes qui sont pénalement responsables des homicides et blessures causés par leur faute. — 1793. Responsabilité pénale des médecins, chirurgiens, pharmaciens dans l'exercice de leur profession. — 1794. Explication de l'article 19 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer..... 2

SECTION QUATRIÈME

Attentats aux mœurs ou à la pudeur.

§ CIV. — **De l'attentat aux mœurs en général.** — 1795. Rapprochement fait, d'ordinaire, par les législations pénales, des délits contre l'ordre des familles et des délits contre la moralité publique. Le Code pénal français s'occupe, sous la qualification d'attentat aux mœurs, de ce second groupe de délits. — 1796. Le domaine de la morale et celui du droit doivent être soigneusement séparés. — 1797. Des idées qui ont inspiré l'ancienne législation. — 1798. Comparaison, à ce point de vue, de l'ancien droit français et de l'ancien droit allemand. — 1799. Évolution des idées dans le droit moderne. — 1800. Examen de quelques problèmes généraux qui dominent le sujet. — 1801. De l'outrage public à la pudeur. Du viol. De l'attentat à la pudeur. Législation comparée. Dans ce groupement de délits, l'outrage public à la pudeur constitue une division nécessaire. — 1802. Mais entre le viol et l'attentat à la pudeur, il ne devrait y avoir qu'une distinction de pénalité, basée sur les suites de ces deux actes. — 1803. Des actes contraires aux mœurs qui constituent des inversions ou des perversions de l'instinct sexuel. Pédérastie. Tribadisme. Bestialité. — 1804. De la notion de violence dans l'attentat à la pudeur et le viol. Violence physique. Violence morale. — 1805. Age de la victime. Observations sur la statistique des viols et attentats à la pudeur sur en-

fants. — 1806. Du proxénétisme. Système français. Système allemand. — 1807. De la prostitution..... 27

§ CV. — **De l'outrage public à la pudeur.** — 1808. Modification apportée à l'article 330 du Code pénal par la loi du 13 mai 1863. — 1809. Des trois éléments de l'outrage public à la pudeur. — 1810. L'outrage à la pudeur résulte d'un fait matériel, acte, attitude ou geste. De l'outrage aux bonnes mœurs. Des actes impudiques ou obscènes. — 1811. De la publicité du délit. Outrage commis dans un lieu public. Outrage commis publiquement dans un lieu privé. Outrage commis dans un lieu privé où se trouvent réunies plusieurs personnes. — 1812. Élément intentionnel. L'outrage public à la pudeur doit avoir été commis volontairement et sans nécessité pour être punissable..... 46

§ CVI. — **Du viol.** — 1813. Du viol et de l'attentat violent à la pudeur. — 1814. Le viol n'est pas défini par le Code français. — 1815. Précédents historiques. — 1816. Éléments du viol. — 1817. La copulation illicite comme but des violences coupables, tel est l'élément qui distingue le viol de l'attentat violent à la pudeur. — 1818. De l'emploi de la violence dans ce but. En quoi consiste la violence. Doit-elle être matérielle? Violence morale. Menaces. Violence présumée. Violence compulsive. Fraude. — 1819. De la tentative de viol..... 61

§ CVII. — **De l'attentat à la pudeur.** — 1820. Ce qui constitue l'attentat à la pudeur et le distingue de l'outrage public à la pudeur. — 1821. De l'attentat à la pudeur, tenté ou consommé. — 1822. Le mobile de l'accusé, qui commet sur une personne un acte immoral ou obscène, ne peut changer le caractère du fait qui constitue un attentat à la pudeur si, d'ailleurs, toutes les autres conditions du crime se réunissent. — 1823. Le Code pénal ne punissait que l'attentat à la pudeur avec violence. Réforme de la loi du 28 avril 1832. — 1824. Attentat à la pudeur sans violence. Double modification apportée, en 1863, au texte de l'article 331. — 1825. Éléments matériels constitutifs de l'attentat à la pudeur commis sans violence, sur un enfant âgé de moins de treize ans par tout autre qu'un ascendant. — 1826. Premier élément : attentat à la pudeur. Il n'est pas nécessaire que le fait ait été commis sur la personne de l'enfant. — 1827. Second élément : âge de la victime. — 1828. Attentat à la pudeur commis par un ascendant. — 1829. De l'inceste et de sa répression. — 1830. Éléments constitutifs de l'attentat à la pudeur commis par un ascendant. — 1831. Attentat à la pudeur avec violence. — 1832. Ce crime peut se commettre entre époux. — 1833. De la violence constitutive de l'attentat. 70

§ CVIII. — **Des circonstances aggravantes de l'attentat à la pudeur et du viol.** — 1834. Circonstances aggravantes de l'attentat à la pudeur. — 1835. La circonstance que la victime est âgée de moins de quinze ans est aggravante du viol et de l'attentat violent à la pudeur. —

1836. De l'étendue de la circonstance aggravante tirée de la qualité de l'agent du crime depuis les modifications apportées au Code pénal en 1863. — 1837. Précédents historiques et motifs de l'aggravation. — 1838. Ascendants. — 1839. Personnes qui ont une autorité de droit ou de fait sur la victime de l'attentat ou du viol. — 1840. Instituteurs. — 1841. Serviteurs à gage. — 1842. Fonctionnaires et ministres d'un culte. — 1843. Concours de plusieurs au crime. — 1844. Les crimes de viol et d'attentat à la pudeur peuvent être poursuivis d'office. Le mariage entre le coupable et la victime n'est pas considéré comme une cause d'extinction de l'action publique. — 1845. Formulaire des questions à poser au jury dans les accusations de viol ou d'attentat à la pudeur..... 85

§ CIX. — **De l'excitation à la débauche.** — 1846. De l'excitation à la débauche. Difficulté pour tracer les limites précises de ce délit. Leurs causes. — 1847. Les caractères constitutifs du délit sont au nombre de trois. — 1848. Fait d'excitation à la débauche. Des personnes et des actes atteints par l'incrimination. — 1849. Du proxénétisme. De l'excitation à la débauche dans l'intérêt des passions personnelles du corrupteur. Évolution de la jurisprudence. — 1850. Précédents historiques. Travaux préparatoires du Code pénal. — 1851. L'article 334 paraît avoir prévu l'excitation à la débauche sous quelque forme et par quelque procédé qu'elle se manifeste. Trois catégories de personnes rentrent dans ses prévisions. — 1852. Réponse aux critiques. — 1853. Modifications proposées et rejetées en 1863. — 1854. En quoi consistent les faits d'exciter, favoriser ou faciliter la débauche ou la corruption ? — 1855. Second élément du délit. L'habitude. Ce qui la constitue. La pluralité de victimes n'est pas nécessaire. — 1856. Troisième élément du délit. L'âge de la victime. — 1857. L'élément intentionnel du délit n'a rien de spécifique. — 1858. Le délit d'excitation à la débauche résulte des actes propres au proxénète ou au corrupteur sans qu'il y ait à se préoccuper des suites du délit et de la corruption qui a pu en être la conséquence. — 1859. De la complicité en matière d'excitation à la débauche. Du séducteur. Conditions qui doivent être réunies pour qu'il soit considéré comme complice. — 1860. Le Code pénal a fait de la qualité de l'agent de corruption une circonstance aggravante du délit. — 1861. L'habitude est nécessaire pour constituer le délit aggravé comme le délit simple. — 1862. Personnes chargées de la surveillance du mineur. — 1863. Pénalités du délit d'excitation à la débauche. — 1864. Déchéance de la puissance paternelle. Loi du 24 juillet 1889..... 99

§ CX. — **Des caractères constitutifs et de la pénalité de l'adultère.** — 1865. Des délits qui se rapportent à la violation des lois du mariage. L'adultère et la bigamie. — 1866. De l'adultère. Évolution des législations modernes. Égalité entre la femme et le mari. Adoucissement des peines. — 1867. Droit romain. Ancien droit français. Législation intermédiaire. Code civil. Code pénal. Inégalité de traitement entre la femme

et le mari au point de vue de l'adultère. Loi du 27 juillet 1884. — 1868. Double problème. — 1869. S'il convient de supprimer l'adultère du catalogue des délits et de laisser à la justice civile seule le soin de réparer l'offense de l'époux outragé. — 1870. De l'inégalité entre l'adultère du mari et celui de la femme au double point de vue de la constitution et de la répression du délit. — 1871. Le Code pénal ne s'est pas contenté d'indiquer les caractères du délit d'adultère, il a inscrit, dans ses dispositions, les règles spéciales de la poursuite. — 1872. Éléments constitutifs généraux du délit d'adultère. — 1873. Premier élément. Consommation des rapports illicites. — 1874. Second élément. Mariage. — 1875. De la question d'état d'époux devant les tribunaux de répression. Compétence. — 1876. Élément intentionnel. Il faut que l'adultère ait eu lieu avec connaissance et volonté. — 1877. De l'adultère du mari. — 1878. En quoi consiste l'entretien d'une concubine. — 1879. Caractère du domicile conjugal. — 1880. Situation des époux au point de vue de l'adultère après le divorce ou la séparation de corps. — 1881. De la complicité en matière d'adultère. Du complice de la femme. De la concubine du mari. Des autres personnes qui peuvent faciliter ou favoriser l'adultère. — 1882. Des pénalités de l'adultère. — 1883. De l'action en dommages-intérêts née de l'adultère... 129

§ CXI. — **Des conditions de poursuite de l'adultère.** — 1884. L'adultère ne peut être poursuivi que sur la plainte de l'époux offensé. — 1885. Formes de la plainte. — 1886. Fins de non-recevoir contre la poursuite. — 1887. Droit de pardon accordé par la loi aux époux. Effets de l'exercice de ce droit. — 1888. Rapports du ministère public et du conjoint offensé dans le délit d'adultère. — 1889. Situation du complice de la femme. — 1890. Hypothèse dans laquelle le complice de la femme est lui-même un homme marié. — 1891. Les seules preuves admissibles contre le complice de la femme sont celles qui résultent du flagrant délit ou de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu..... 152

§ CXII. — **De la bigamie.** — 1892. De la bigamie. — 1893. Notions historiques sur la répression de ce crime. Double évolution qu'il a subies dans les idées modernes. — 1894. La bigamie n'est pas une espèce d'adultère, mais un crime spécial. — 1895. Il est puni plus sévèrement que l'adultère. — 1896. Éléments constitutifs du crime. — 1897. Du premier mariage. Validité. — 1898. Du second mariage. — 1899. Il faut que l'agent ait agi de mauvaise foi. — 1900. Caractère du crime de bigamie. Conséquences qui en résultent au point de vue de la prescription et du lieu du crime. — 1901. La célébration du mariage n'est pas indispensable : la tentative suffit. La tentative suspendue et la tentative manquée par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur sont-elles également incriminées? Difficultés. — 1902. De la complicité en matière de bigamie. Officier de l'état civil. — 1903. Le conjoint libre qui s'unit sciemment à une personne déjà mariée est-il punissable? Difficultés. — 1904.

bigamie peut être poursuivi d'office. — 1905. Quelle est l
ompétente pour statuer, dans une accusation de bigamie, s
la validité des deux mariages? — 1906. Questions au jury. R

SECTION CINQUIÈME

rrestations illégales et séquestrations de personnes.

— **Arrestations et séquestrations arbitraires.** — 19
C pénal a incriminé séparément les attentats à la liberté qui s
ues fonctionnaires abusant de leur pouvoir et le crime des parti
qui arrêtent ou séquestrent une personne. — 1908. Éléments du cri
hartre privée. Arrestation. Séquestration. Détention. Arbitraire d
ire. Intention criminelle. Applications. — 1909. Peine ordinaire
é. — 1910. Circonstances aggravantes. — 1911. Durée de la déten
aire. — 1912. Moyens employés pour l'exécuter. — 1913. Brièv
détention. Exécution légale. — 1914. Conditions de cette exc
. — 1915. Ses effets. — 1916. De la complicité en matière de séq
ration arbitraire. — 1917. Questions à poser au jury.....

SECTION SIXIÈME

*Crimes et délits tendant à empêcher ou à détruire la preuve de l'état c
d'un enfant ou à compromettre son existence; enlèvement de mineu
infractions aux lois sur les inhumations.*

§ CXIV. — **Du délit de suppression d'état.** — 1918. Objet de c
section. — 1919. Il est nécessaire, avant de s'engager dans l'exposé
infractions qui en sont l'objet, de rechercher en quoi consiste le « délit
suppression d'état, » dont parle l'article 327 du Code civil. — 1920.
suppression d'état qui était l'objet d'une prévision générale dans le C
pénal de 1791, ne forme pas, dans le Code pénal de 1810, l'objet d'un t
particulier d'infraction. — 1921. Un délit de suppression d'état soulève d
questions, une question civile, une question pénale. En principe, les j
dictions répressives, compétentes pour statuer sur le délit, seront com
tentes pour vérifier l'existence de l'état prétendu supprimé. Exceptior
matière de filiation où la question d'état est préjudicielle. Motifs de c
exception. — 1922. Division. — 1923. La suppression d'état de filiation n
pas un genre particulier de délit. — 1924. En quoi elle consiste. — 1
De la suppression d'état de filiation légitime. D'où elle résulte. — 19
Des trois classes de faits qui sont de nature à produire une suppres
d'état de filiation légitime. — 1927. De la suppression d'état de filia
naturelle. — 1928. Du cas précis dans lequel la poursuite criminelle

suspendue par la question d'état. — 1929. De la mesure dans laquelle elle est suspendue..... 198

§ CXV. — **Division.** — 1930. Le Code pénal prévoit et punit deux catégories d'infractions; les unes qui tendent à empêcher ou à détruire l'état civil de l'enfant; les autres qui compromettent son existence. — 1931. Division..... 209

§ CXVI. — **De la suppression d'enfant.** — 1932. Des trois cas de suppression d'enfant. Observation générale. Division. — 1933. La personne et l'état des enfants naturels sont protégés comme la personne et l'état des enfants légitimes. — 1934. La qualification de suppression d'enfant a été empruntée à notre ancienne législation. Quel en était l'objet et quel en était le but? Modifications apportées à ce régime par le Code pénal de 1791. Système du Code pénal de 1810. — 1935. La suppression d'enfant, aujourd'hui, c'est l'action de faire clandestinement disparaître, sans le faire périr, un enfant, dans l'intention de dissimuler sa naissance ou de le faire passer pour mort. Dans le système du Code pénal, le fait ne rentrait sous cette qualification qu'autant qu'il avait eu pour but de changer l'état civil de l'enfant. Conséquences qui en résultaient. — 1936. Modifications apportées à l'article 345 par la loi du 13 mai 1863. — 1937. Ces modifications paraissent avoir amené une évolution dans la jurisprudence. Différentes opinions qui ont été soutenues. — 1938. Nous nous rallions au système d'après lequel l'article 345 prévoit deux faits distincts : le crime de suppression de la personne d'un enfant ayant eu vie, et le crime de suppression d'état d'un enfant ayant vécu. — 1939. Éléments constitutifs du crime. — 1940. Le premier élément, c'est le fait matériel de la suppression. — 1941. Des procédés d'exécution par lesquels il peut se réaliser. Enlèvement, recélé, suppression d'enfant, substitution et supposition de part. — 1942. Le second élément du crime consiste dans l'intention de cacher la naissance de l'enfant ou de le faire passer pour mort. — 1943. Le crime suppose enfin, comme troisième élément, la suppression d'un enfant né vivant. — 1944. De la suppression d'un enfant mort-né ou dont l'existence est incertaine. — 1945. Le premier élément du délit consiste dans le fait matériel de la suppression. — 1946. Le second, dans l'intention de cacher la naissance de l'enfant. — 1947. Le troisième, dans la suppression d'un enfant, c'est-à-dire d'un être parvenu à un certain degré de développement. — 1948. Dans quel cas peut-on dire que l'enfant n'a pas vécu. — 1949. De la complicité du crime ou du délit de suppression d'enfant. De ceux qui ont donné l'ordre de commettre ce fait. — 1950. Du cas où un enfant a été homicidé et supprimé. — 1951. Questions au jury. — 1952. Défaut de représentation d'un enfant. — 1953. Questions au jury.. 210

§ CXVII. — **De l'omission de déclaration de naissance.** — 1954. Caractère de l'obligation qui incombe à certaines personnes de déclarer la naissance d'un enfant. Division. — 1955. Des personnes qui sont tenues de

l'agent avant toute poursuite. — 2062. Comparaison entre la diffamation et la dénonciation calomnieuse. — 2063. Peine de la dénonciation calomnieuse..... 326

§ CXXVIII. — **De la révélation de secrets.** — 2064. Distinction entre le confident ordinaire et le confident nécessaire. — 2065. Division. — 2066. Du secret. La discrétion imposée par l'article 378, s'étend à tous les faits que le confident nécessaire a pu connaître dans l'exercice de sa profession ou même à l'occasion de sa profession. — 2067. De la révélation. L'intention de nuire n'est pas nécessaire. — 2068. La révélation ne cesse pas d'être un délit quand elle est autorisée par la personne même qui a confié le secret. — 2069. La révélation est-elle un délit lorsqu'elle est faite à la justice? Dénonciation. Témoignage. Expertise. — 2070. Qualité de l'agent. Des professions qui obligent au secret. Professions dénommées. Médecins. Chirurgiens. Officiers de santé. Pharmaciens. Sages-femmes. Professions non dénommées..... 348

CHAPITRE II

DES CRIMES ET DES DÉLITS CONTRE LES PROPRIÉTÉS.

§ CXXIX. — **Notions générales sur les crimes et les délits contre le patrimoine.** — 2071. Objet de ces délits. — 2072. Ils se caractérisent par le dommage qu'ils causent au patrimoine. De la diminution de valeur. — 2073. Ce n'est pas que tout dommage, même volontairement causé, soit un délit. Domaine respectif de l'illicite civil et de l'illicite pénal. Difficultés pour le tracer. — 2074. Évolution historique des délits contre la propriété. — 2075. Les crimes et délits contre la propriété se constituent de deux éléments : la chose sur laquelle ils portent, et l'intention de celui qui les commet. — 2076. Il faut d'abord que l'activité criminelle ait eu pour objet le patrimoine d'autrui. — 2077. Il faut que le dommage ait eu lieu *invito domino*. — 2078. De l'intention criminelle spécifique dans cette catégorie d'infractions. — 2079. De l'importance du dommage causé. — 2080. Si la question de propriété peut être tranchée par les tribunaux de répression..... 364

§ CXXX. — **Classification des crimes et délits contre la propriété.** — 2081. De la distinction entre les atteintes à la propriété mobilière et à la propriété immobilière. — 2082. Appropriation et destruction. Subdivision de ces deux genres de délits. — 2083. Évolutions des idées et des institutions qui n'amènent que lentement à distinguer les diverses formes de délits contre la propriété. — 2084. Classification du Code pénal français. — 2085. Statistique..... 373

SECTION PREMIÈRE

Des vols.

§ CXXXI. — **Définition et éléments du vol.** — **2086. Difficulté de définir le vol. La définition de l'article 379. — 2087. Éléments constitutifs du vol. — 2088. Premier élément. De la soustraction. En quoi elle consiste. — 2089. La nécessité de ce premier élément limite l'application du vol à trois points de vue. — 2090. Le vol ne peut avoir pour objet qu'une chose mobilière et corporelle. Difficulté. Vol d'électricité. — 2091. Des actes qui peuvent être qualifiés de soustraction. — 2092. Le détournement des choses trouvées constitue-t-il un vol? Distinction. — 2093. Celui qui s'empare d'un trésor commet un vol. — 2094. L'individu qui s'empare d'une chose qui lui a été remise par erreur ou qui est arrivée en sa possession par cas fortuit commet-il un vol? Difficultés. Diverses hypothèses. — 2095. Remise de l'objet détourné, sollicitée et obtenue par le dol ou la fraude. Remise obtenue d'un inconscient. Y a-t-il vol dans ces divers cas? — 2096. De la consommation du vol par la soustraction. Conséquences. — 2097. De la tentative de vol. Double degré. — 2098. De la chose d'autrui comme élément du vol. Des *res nullius* et des *res derelictæ*. Des choses indivises. — 2099. Dans notre droit, le propriétaire ne peut commettre de vol relativement à sa propre chose, alors même que, par un acte de sa volonté, il l'aurait remise à un tiers avec droit de la conserver. — 2100. De la fraude comme élément du vol.** — 2101. Cet élément, considéré dans la personne de l'agent, se ramène à l'intention de celui-ci d'arriver à une appropriation injuste. Des mobiles du vol. — 2102. L'intention frauduleuse doit-elle être concomitante à la soustraction? Difficultés. — 2103. Il faut qualifier à ce point de vue, la soustraction. — 2104. Le défaut de consentement, chez la personne au droit de laquelle la soustraction porte atteinte, est un caractère commun aux vols et aux autres délits contre la propriété..... 377

§ CXXXII. — **Du vol entre certains parents ou alliés.** — 2105. L'article 380 contient deux dispositions : un principe et une exception. — 2106. Comment s'explique l'immunité pénale? Idée de la copropriété de famille. Raisons de convenances. — 2107. C'est la seconde idée qui nous paraît préférable. — 2108. Caractère juridique de l'immunité pénale. Est-ce une cause de justification? une excuse? une fin de non-recevoir? — 2109. Délits et personnes qui bénéficient de l'immunité pénale. — 2110. Pour que l'article 380 soit applicable, il faut qu'il s'agisse d'un délit contre la propriété et que ce délit porte exclusivement atteinte aux droits d'une des personnes désignées par le texte. — 2111. Des soustractions qui portent préjudice à d'autres personnes. — 2112. Des personnes dans les rapports desquelles existe l'immunité pénale. — 2113. L'article 380 dans ses

rapports avec la corréité et la complicité. — 2114. Des parents ou alliés complices d'une personne étrangère à la famille. — 2115. Système de l'immunité. Système de la plainte préalable..... 411

§ CXXXIII. — **Du vol simple. — Du vol, soit aggravé, soit qualifié.** — 2116. Objet de la section première, intitulée : *vols*. — 2117. Vols simples. Vols soit aggravés, soit qualifiés..... 420

§ CXXXIV. — **Des vols qui constituent des délits.** — 2118. Des larcins on filouteries. — 2119. Des peines du vol simple. — 2120. Des tentatives de vols. — 2121. Des vols commis dans les champs. — 2122. Histoire. — 2123. Des conditions générales de l'incrimination. — 2124. Il faut que le vol ait été commis dans les champs. Sens légal de ces expressions. — 2125. Il faut que l'objet du délit soit compris dans l'énumération de l'article 388. Chevaux, bêtes de charge, de voiture ou de monture, gros et menus bestiaux. Instruments d'agriculture. Vols de bois dans les ventes, de pierres dans les carrières, de poissons dans les étangs, viviers ou réservoirs. Récoltes et autres productions utiles de la terre. — 2126. Pénalité. Division. — 2127. Peines du vol de bestiaux et d'instruments d'agriculture dans les champs, de bois dans les ventes, de pierres dans les carrières et de poissons dans les étangs. — 2128. Vol de récoltes et autres productions utiles de la terre, déjà détachées du sol. — 2129. Maraudage ou vol de récoltes sur pied. — 2130. Circonstances aggravantes. — 2131. Du vol commis à l'aide du déplacement des bornes. — 2132. Combinaison entre le Code pénal et le Code forestier. — 2133. Altération de liquides transportés. — 2134. Éléments constitutifs du délit..... 421

§ CXXXV. — **Des vols qui constituent des crimes.** — 2135. Classement des circonstances aggravantes du vol. Vol sans emploi de la violence. Vol avec emploi de la violence. — 2136. Distinction du Code pénal français en vol simple et vol qualifié..... 438

§ CXXXVI. — **Des vols aggravés par la qualité de celui qui les commet.** — 2137. Des vols aggravés par l'abus de fonctions publiques. Péculat. Concussion. Renvoi. — 2138. Vols aggravés par la qualité de celui qui les commet. — 2139. Du vol domestique. Son histoire. — 2140. Énumération limitative des personnes dont la qualité aggrave le vol. — 2141. Vols commis par les domestiques ou gens de services à gages. — 2142. Le détournement précédé d'une remise est un abus de confiance qualifié. — 2143. Que faut-il entendre par domestiques et hommes de service à gages. — 2144. Vols commis par les ouvriers, compagnons et apprentis. — 2145. Vols commis par les individus travaillant habituellement dans la maison. — 2146. Des vols commis par les aubergistes et hôteliers. — 2147. Circonstances qui concourent à former le crime. — 2148. Ce qu'il faut entendre par hôteliers et aubergistes. Extension donnée à ces expressions par la jurisprudence. — 2149. Le vol doit s'appliquer à des

[illegible] 2150. [illegible] du Code pénal [illegible] de [illegible]
[illegible] publiques ou [illegible]

§ [illegible] — **Des vols aggravés par le temps pendant lequel ils s'accomplissent.** — 2158. [illegible] du temps pendant [illegible] *Furtum nocturnum. Furtum diurnum.* — 2159. [illegible] commis la nuit [illegible] 2160. [illegible] dans le sens de la loi pé[illegible]

§ [illegible] — **Des vols aggravés à raison des lieux dans lesquels ils s'accomplissent.** — 2161. Le lieu où le vol [illegible] 2162. [illegible] servant à l'habitation [illegible] — 2164. Dépendance [illegible] — 2165. [illegible] — 2166. [illegible] consacrés aux culte[illegible] — 2167. [illegible] — 2168. [illegible] — 2169. [illegible] — 2170. [illegible] — 2171. [illegible] — 2172. [illegible] — 2173. Circonstances [illegible]

§ [illegible] — **Des vols aggravés par les moyens employés.** — 2174. Les [illegible] — 2175. [illegible] sont les moyens [illegible] — 2176. [illegible] Effraction, escalade, [illegible] — 2177. [illegible] — 2178. [illegible] — 2179. [illegible] — 2180. [illegible] — 2181. [illegible] — 2182. [illegible] — 2183. [illegible] — 2184. [illegible] — 2185. [illegible] — 2186. [illegible] — 2187. [illegible] — 2188. [illegible] — 2189. [illegible] —

clôture. — 2181. L'effraction extérieure pourrait être commise de l'intérieur de la maison. Espèce. — 2182. De l'effraction intérieure. — 2183. Enlèvement des caisses, boîtes, ballots sous toile ou corde, etc. — 2184. Pénalité du vol avec effraction. — 2185. Effraction et tentative de vol. — 2186. De l'escalade. — 2187. Différences entre l'escalade et l'effraction. — 2188. Caractère de l'escalade. — 2189. Pour qu'il y ait escalade, il faut que l'obstacle franchi mérite le nom de clôture. — 2190. De l'escalade accomplie dans un but autre que celui de voler, et du vol qui a été, cependant, commis. — 2191. Introduction par une ouverture souterraine. — 2192. De l'influence de l'escalade sur la pénalité du vol. — 2193. Usage de fausses clefs. — 2194. Ce que la loi répute fausses clefs. — 2195. De la fabrication de fausses clefs. — 2196. Cas où ce fait est un délit spécial. — 2197. Cas où ce fait est un acte de complicité. — 2198. Peine du délit de fabrication de fausses clefs. — 2199. Vol commis dans une maison habitée, lorsque l'agent a pris un faux costume, usurpé un faux titre ou allégué un faux ordre de l'autorité publique. — 2200. Du vol aggravé par l'emploi de moyens moraux. — 2201. Du vol avec port d'armes. — 2202. Concours d'une ou plusieurs personnes à la perpétration du vol. — 2203. Ce qu'il faut entendre par là. — 2204. Condamnation d'un seul des auteurs du vol..... 470

§ CXL. — **Des vols aggravés par l'emploi de la violence.** — 2205. Du vol commis avec violence. Deux formes. — 2206. Le vol avec violence, la rapine, ne forme pas l'objet de dispositions spéciales. La violence est une circonstance simplement aggravante. — 2207. De la peine du vol avec violence. Distinctions. — 2208. Ce qu'il faut entendre par violence au point de vue du vol. — 2209. Éléments de la circonstance aggravante. — 2210. Du caractère objectif ou subjectif de la circonstance aggravante de violence. — 2211. Renvoi en ce qui concerne l'extorsion..... 498

§ CXLI. — **Combinaison et concours des circonstances aggravantes du vol.** — 2212. Les circonstances aggravantes du vol étudiées séparément doivent être réunies dans une étude d'ensemble. — 2213. Circonstances aggravantes qui ne qualifient le vol que lorsqu'elles se combinent entre elles. — 2214. Trois règles gouvernent la combinaison des circonstances aggravantes du vol. — 2215. Observations générales sur la position des questions au jury..... 503

§ CXLII. — **De l'extorsion de signature ou de titre.** — 2216. Extorsion de titre et chantage. — 2217. Différence entre l'extorsion de titre et le vol. — 2218. Ressemblances. — 2219. Moyens employés pour commettre l'extorsion. — 2220. Résultat obtenu. — 2221. Extorsion de blanc-seing. — 2222. Question au jury..... 507

§ CXLIII. — **Du chantage.** — 2223. Du chantage. — 2224. Élément et nature du délit. — 2225. Moyens employés pour le commettre. — 2226.

But de cupidité illégitime poursuivi par l'agent. — 2227. Mauvaise foi. — 2228. Constatation de ces éléments par les juges du fait..... 51[illegible]

§ CXLIV. — **Du détournement ou de la destruction d'objets saisis ou donnés en gage.** — 2229. La sanction du vol était étrangère au détournement ou à la destruction d'objets saisis ou donnés en gage. Modifications apportées au Code pénal. — 2230. Éléments constitutifs du délit de destruction ou détournement d'objets saisis. — 2231. La loi comprend, dans ses prévisions, toutes les saisies et tous les objets saisis. — 2232. Le délit suppose l'existence d'une saisie régulière. — 2233. Mais il n'est pas nécessaire que la saisie ait été notifiée au prévenu. — 2234. Fait de destruction ou de détournement des objets saisis. Ce délit n'est pas un vol, mais une infraction spéciale. Conséquences qui en résultent. — 2235. Le détournement ou la destruction des objets saisis ne peut être incriminé si l'agent a été de bonne foi. — 2236. De la destruction ou du détournement des objets donnés en gage. — 2237. Éléments du délit. Observation sur la véritable qualification du fait. — 2238. Derniers mots de l'article 400. Disposition inutile et dangereuse. — 2239. De la complicité de détournement ou de destruction d'objets saisis ou donnés en gage. — 2240. Les conditions de répression de la complicité sont celles que trace le droit commun des articles 59 à 62 du Code pénal. — 2241. Il ne faut pas assimiler à des complices les tiers qui, dans un autre intérêt que celui du saisi, coopèrent à des actes de détournement..... 525

§ CXLV. — **De la filouterie d'aliments.** — 2242. De la filouterie d'aliments ou grivèlerie. — 2243. Éléments du délit. — 2244. Cette infraction ne doit pas être assimilée à un vol..... 537

SECTION DEUXIÈME

Banqueroute, escroqueries et autres espèces de fraude.

§ CXLVI. — **De la fraude punissable.** — 2245. Caractère propre de la fraude. — 2246. Double difficulté que présente la législation de la fraude. De la fraude civile et de la fraude pénale. Distinction de la fraude, du faux et du vol. — 2247. Évolution historique de l'idée de fraude. — 2248. Code pénal français. Division..... 541

§ CXLVII. — **De l'escroquerie.** — 2249. En quoi consiste l'escroquerie. — 2250. Ce genre de fraude fut spécialisé, pour la première fois, par la législation de 1891. Mais confusion entre le dol civil et le dol criminel. — 2251. Le Code pénal de 1810. L'article 405. La rédaction primitive. Modification apportée par la loi du 13 mai 1863 en ce qui concerne la tentative. — 2252. Le délit se constitue de trois éléments distincts. Observation générale. — 2253. Première condition du délit. Emploi de moyens fraudu-

leux limitativement énumérés par l'article 405. Ces procédés sont au nombre de trois. Emploi d'un faux nom. Usage d'une fausse qualité. Manœuvres frauduleuses. — 2254. En quoi l'usage soit d'un faux nom soit d'une fausse qualité diffère-t-il du faux? Trois règles sont communes à ces procédés d'escroquerie. — 2255. L'emploi d'un faux nom ou d'une fausse qualité est, par lui-même, une manœuvre frauduleuse suffisante pour constituer l'escroquerie. — 2256. Ces manœuvres doivent, du reste, être mises en rapport avec leur but et leur résultat. — 2257. Prise d'une fausse qualité pour se donner une capacité que l'on n'a pas. Attribution de la qualité de propriétaire ou de créancier. — 2258. En quoi consiste l'usage d'un faux nom. — 2259. En quoi consiste l'emploi d'une fausse qualité. — 2260. De celui qui fait sciemment et volontairement usage d'une fausse qualité qu'il avait perdue. — 2261. Troisième procédé d'escroquerie : emploi de manœuvres frauduleuses. Ces manœuvres doivent avoir trois caractères. Jurisprudence. — 2262. Il faut d'abord des manœuvres. Le simple mensonge, n'est pas punissable, quel qu'en ait été le résultat. De la mise en scène. — 2263. Faut-il que les manœuvres soient de nature à tromper la prudence ordinaire? — 2264. Il faut que les manœuvres soient frauduleuses. En quoi consiste la fraude. — 2265. Il faut enfin que ces manœuvres aient été employées pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique. Critiques. — 2266. Des manœuvres qui consistent à persuader l'existence de fausses entreprises. Exemples. — 2267. De l'escroquerie aux papiers fictifs. — 2268. Escroqueries en matière de sociétés. — 2269. Escroqueries en matière d'assurance. — 2270. Des manœuvres qui consistent à persuader l'existence d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire. — 2271. Des promesses, moyennant finance, de faire exempter d'un service public ou de procurer un emploi, une décoration ou tout autre avantage officiel. Distinction à faire. — 2272. Des manœuvres qui tendent à faire naître l'espérance d'un succès, etc. Ce sont les plus usitées. — 2273. De la menace d'imputations diffamatoires. Délit de chantage. — 2274. De la tricherie au jeu. — 2275. Des manœuvres frauduleuses se rattachant à l'exercice de l'art de guérir. — 2276. De la divination. — 2277. Seconde condition du délit d'escroquerie : obtention d'un gain illicite, pouvant préjudicier à autrui, au moyen des manœuvres frauduleuses. Observation sur la matière dont la jurisprudence française a compris cette condition. — 2278. Délivrance des fonds, meubles, etc. — 2279. L'escroquerie est un délit contre les biens et non contre les personnes. — 2280. L'énumération des objets dont l'escroc veut obtenir la remise ou la délivrance a un caractère simplement démonstratif. — 2281. Restrictions, en ce qui concerne cet élément, du champ de l'escroquerie. — 2282. Troisième élément de l'escroquerie : détournement des fonds ou valeurs. Quelle est la portée de cette condition? — 2283. Interprétation doctrinale et jurisprudentielle de

ces mots : « escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de
tune d'autrui. » Critique. — 2284. De la fraude en matière d'escro
— 2285. De la tentative d'escroquerie. Distinction entre le délit t
le délit manqué. Faute d'avoir fait cette distinction, la jurisprud
donné, jusqu'en 1863, l'exemple de fluctuations et d'incertitudes. I
des évolutions de la Cour de cassation. — 2286. Loi du 13 mai 186
deux formes de la tentative d'escroquerie. — 2287. De la compli
matière d'escroquerie. — 2288. Peine de l'escroquerie. Observation
conséquences de la condamnation pour escroquerie au point de vu
relégation. — 2289. Action publique et action civile en matière d
querie. Compétence. — 2290. Preuve des faits constitutifs du délit. —
Constatation des éléments de l'escroquerie. — 2292. De l'escroq
du faux.....

§ CXLVIII. — **Notions générales sur l'abus de confian**
2293. Notions sur l'abus de confiance. Différences avec le vol et l
querie. — 2294. Sous la qualification d'abus de confiance, le Cod
comprend quatre délits. — 2295. La question de la véritable qualit
de ces délits se pose particulièrement à propos des lois sur la r
Loi du 27 mai 1885. Loi du 26 mars 1891, modifiant l'article 58 d
pénal.....

§ CXLIX. — **De l'abus des faiblesses, des besoins ou des**
sions d'un mineur. — 2296. Abus des faiblesses et des besoi
mineur. — 2297. Raison d'être de l'incrimination. — 2298. Éléme
délit. — 2299. Quels sont les incapables protégés par la loi pénale? M
émancipés. Mineurs habiles à faire le commerce. Interdits. Pour
conseil. Femmes mariées. Vieillards et malades. — 2300. La secon
dition du délit est que le mineur ait souscrit, à son préjudice, des
tions, quittances ou décharges. — 2301. La troisième condition d
est que les obligations, quittances ou décharges aient été obten
abusant des faiblesses, des besoins ou des passions du mineur. —
Le délit d'abus est consommé au moment où la victime a souscrit
gation ou passé la quittance. — 2303. Peine du délit.....

§ CL. — **De l'abus de blanc-seing.** — 2304. Distinction entre
et l'abus de blanc-seing. — 2305. Éléments de l'abus de blanc-se
2306. L'élément primordial du délit est un acte de confiance de la v
— 2307. Le second élément résulte de cette circonstance que l'au
l'abus est précisément celui à qui le blanc-seing a été confié pour
usage déterminé. — 2308. La troisième condition du délit, c'est
frauduleux du blanc-seing ainsi confié. — 2309. La dernière condi
délit est que l'écriture mise au-dessus de la signature opère obliga
décharge, ou puisse compromettre, d'une façon quelconque, la perso
la fortune du signataire. — 2310. De la preuve en matière de blanc
— 2311. Peine de l'abus de blanc-seing.....

CLI. — De l'abus de confiance simple. — 2312. Notion sur l'abus de confiance. Pourquoi ce délit a été spécialisé. — 2313. Histoire de l'abus de confiance. — 2314. L'abus de confiance doit réunir quatre éléments. — 2315. Dissipation ou détournemunt de la chose d'autrui. A quel moment la dissipation ou le détournement sont-ils consommés? Distinction. — 2316. Conséquence de la distinction. — 2317. De l'exception de compte. — 2318. Préjudice causé ou possible. — 2319. Objet du détournement ou de la dissipation. — 2320. Titre de la remise. — 2321. Remise à titre de louage. — 2322. De la violation du contrat de cheptel au point de vue criminel. — 2323. Remise à titre de dépôt. — 2324. Remise à titre de nantissement. — 2325. Exemple. — 2326. Remise à titre de prêt. — 2327. Remise à titre de mandat. — 2328. Division. — 2329. Quelles personnes peuvent être qualifiées de mandataire. Associés. Copropriétaires indivis. Commissionnaires. Mandataires légaux. Tuteur. Remise en vertu du mandat ou à titre de mandat. Mandataires substitués. — 2330. Dans quels cas il y a mandat. — 2331. De l'abus de confiance en matière d'effets à ordre. — 2332. Remise à titre de travail salarié ou non salarié. — 2333. Observation générale et conclusion..... 626

CLII. — De l'abus de confiance qualifié. — 2334. L'abus de confiance qualifié n'existait pas dans le Code pénal. Modifications apportées par les lois des 28 avril 1832 et 13 mai 1863. — 2335. Condition générale de l'aggravation de peine due à la qualité de celui qui a commis l'abus de confiance. — 2336. Du détournement commis par les officiers publics ou ministériels. Double question à examiner. — 2337. Dans quels cas l'abus de confiance commis par un officier public ou ministériel est-il aggravé par cette circonstance? Des trois systèmes qui peuvent être soutenus. — 2338. Ce qu'on doit entendre, au point de vue de l'article 408, par officiers ministériels. — 2339. Les fonctionnaires publics sont-ils compris parmi les officiers publics au point de vue de l'abus de confiance? Difficultés. — 2340. Détournements commis par un domestique, homme de service à gages, clerc, élève, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti. Division. — 2341. Il faut, pour qu'il y ait lieu à aggravation de peine, que l'agent ait l'une des qualités spécifiées. — 2342. Il faut également que le détournement ait été commis au préjudice du maître. — 2343. Le domestique qui détourne les sommes à lui remises par son maître pour les achats journaliers de la maison, commet-il un abus de confiance? Difficultés. — 2344. Le domestique, en détournant des effets ou deniers qui lui ont été remis par un tiers, pour le compte de son maître, commet-il un abus de confiance? Distinction. — 2345. Questions au jury. — 2346. Peines de l'abus de confiance simple et de l'abus de confiance qualifié..... 666

CLIII. — De la preuve de l'abus de confiance. — 2347. Question de compétence. Question de preuve. — 2348. La question d'existence ou d'interprétation du contrat en vertu duquel la remise a été faite sera ré-

N ' F LA TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES.

A LA MÊME LIBRAIRIE :

PRÉCIS
DE
DROIT CRIMINEL

Contenant

L'EXPLICATION ÉLÉMENTAIRE DE LA PARTIE GÉNÉRALE DU CODE PÉNAL, DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE ET DES LOIS QUI ONT MODIFIÉ CES DEUX CODES

Par R. GARRAUD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL
PROFESSEUR DE DROIT CRIMINEL
A L'UNIVERSITÉ DE LYON

Septième édition revue et corrigée

1901, 1 volume in-8°..... **10 fr.**

Recueil général des Lois & des Arrêts
ET JOURNAL DU PALAIS

CODES ANNOTÉS

Contenant sous chaque article l'Analyse de la Doctrine et de la Jurisprudence

CODE PÉNAL

Annoté par E. GARÇON

[illegible]

[illegible]

PREMIER FASCICULE Art 1 à 165)

L'ouvrage [illegible] **30 fr**

RÉPERTOIRE

[illegible]

CIRCULAIRES ET INSTRUCTIONS

MINISTÈRE DE LA JUSTICE

[illegible]

TABLES CHRONOLOGIQUE ET ANALYTIQUE

par Lucien MUNSCH

[illegible]

TRAITÉ THÉORIQUE ET PRA

DE

DROIT INTERNATIONAL P

par André WEISS

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE [illegible]
DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS, MEMBRE DE [illegible]
DE DROIT INTERNATIONAL

1894-1901. 4 volumes in-8° [illegible]
5..... .....

Le dernier volume paraîtra [illegible]

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATI

DE LA

COUR D'ASSI

PAR

G. FRÈREJOUAN DU S

ANCIEN MAGISTRAT, DOCTEUR EN [illegible]
AVOCAT A LA COUR DE PARI

Avec la collaboration d'un ancien [illegible]
de la Cour d'assises de la S[illegible]

1 volume in-4° de plus de 300 pages.

FORMULAIRE D'AUDIE

PRÉSIDENT D'ASS

[illegible]

RÉPERTOIRE MÉTHODIQ

[illegible]

GEORGES TELLIE

[illegible]

1 [illegible] 8 [illegible]

MAY 2 9 1947

MAY 2 9 1947